

LA
PUISSANCE PATERNELLE
DU
CODE CIVIL SUISSE

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR

PAR

CARL OTT

Licencié en Droit et Avocat.

NEUCHÂTEL
IMPRIMERIE ATTINGER FRÈRES

1910

LA PUISSANCE PATERNELLE
DU CODE CIVIL SUISSE

La Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel autorise la publication de la présente thèse; elle ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel, le 28 novembre 1910.

Le Doyen de la Faculté de Droit:

MECKENSTOCK.

LA
PUISSANCE PATERNELLE
DU
CODE CIVIL SUISSE

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR

PAR

CARL OTT

Licencié en Droit et Avocat.



NEUCHÂTEL
IMPRIMERIE ATTINGER FRÈRES

1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

OUVRAGES CONSULTÉS

- Fustel de COULANGES, *La Cité antique*, Paris 1903, 18^e éd.
Ad. ROUSSEL, *Encyclopédie du droit*, 2^e éd., Paris 1871.
Joseph KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin et Leipzig 1909.
C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 3^e éd., 1882.
P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4^e éd., Paris 1906.
A.-M. DU CAURROY, *Institutes de Justinien*, Paris 1851.
Ed. BÖCKING, *Gaii et Justiniani Institutiones Juris Romani*, Berlin 1829.
M.-L. DOMENGET, *Institutes de Gaius*, Paris 1866.
Ludovic BAUCHET, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, Paris 1897.
E. FUZIER-HERMANN, *Code civil annoté*, tome I, 1885-1898.
M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e éd., Paris 1906, tome I.
F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles et Paris 1887, tome IV.
SCHRÖDER, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Leipzig 1894.
BUFNOIR, CHALAMEL, etc., *Code civil allemand*, traduit et annoté, Paris 1904, tome III.
DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, Halle 1903, tome IV.
HUBER, *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*, Berne 1902.
Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse, du 28 mai 1904. Feuille fédérale suisse, année 1904, vol. IV, p. 35 et suiv.
Bulletin sténographique des Chambres fédérales, tomes XV et XVII.

- HUBER, *System und Geschichte des schw. Privatrechts*, Bâle 1886 à 1894, tome I.
- V. ROSSEL et F.-H. MENTHA, *Manuel du Droit civil suisse*, Lausanne, Librairie Payot, tome I.
- V. ROSSEL, *Manuel du Droit fédéral des obligations*, 2^e éd., 1900.
- L.-R. de SALIS, *Le droit fédéral suisse*, traduit de l'allemand par Eug. BOREL, 2^e éd., 1904-1907.
- M. VINGTAIN, *Des restrictions et déchéances de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant en droit romain et en droit français*, Paris 1891.
- ALOÏS MÜLLER, *Die elterliche Gewalt nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, unter Ausschluss des Rechtes der Vertretung und Versorgung der Kinder und unter Berücksichtigung des geltenden Kantonalen und deutschen Rechtes*, Zug 1909.

ABRÉVIATIONS

- C. F. signifie Constitution fédérale.
- C. C. S. » Code civil suisse.
- C. O. » Code fédéral des Obligations.
- L. F. » Loi fédérale.
- C. C. fr. » Code civil français.
- B. G. B. » Code civil allemand.
- A. T. F. » Arrêt du Tribunal Fédéral.
-

INTRODUCTION

Dans leur acception la plus étendue, les mots *puissance paternelle* désignent l'ensemble des droits qu'exercent sur la personne et les biens de l'enfant, le père, la mère, ou tous les deux, — que la filiation soit légitime, naturelle ou adoptive, — et l'ensemble des devoirs corrélatifs à ces droits.

La puissance paternelle dérive de la nature même. Dès les origines de l'humanité, on voit l'enfant soumis à l'autorité de personnes adultes, à l'autorité de sa mère, ou des parents de celle-ci d'abord, à celle du père ensuite ¹.

Je ne compte pas étudier ici le fondement philosophique de la puissance paternelle et ne veux point m'étendre sur l'histoire de cette institution. Je me bornerai à relever en un bref aperçu, son développement à travers les civilisations et les diverses conceptions qui en ont formé la base.

Je ne veux considérer la puissance paternelle que comme institution juridique, consacrée par la coutume ou par les lois, et je laisse de côté l'étude des rapports entre parents et enfants dans le système du mariage de clan, — qui, selon Kohler, est le premier que l'on puisse concevoir, — puis dans ceux de la polyandrie et de la polygynie, qui l'ont suivi. Tant que la famille et la société ne furent pas établies sur la

¹ KOHLER, p. 72 et suiv.

base du mariage monogame, on ne peut considérer la puissance paternelle comme une institution du droit positif.

Que l'autorité paternelle ait pour cause première la religion, — comme le prétend M. Fustel de Coulanges¹, ou qu'on lui donne une base différente, telle que la force physique ou le besoin de protection, il faut reconnaître que partout, à l'origine des civilisations anciennes, cette autorité s'est présentée sous la forme d'une domination arbitraire et absolue de l'adulte sur la personne et les biens de l'enfant.

Le droit romain, plus longtemps que tout autre, à cause des institutions religieuses et sociales de Rome, qui faisaient de la famille une entité politique et favorisaient la permanence des traditions, a conservé ce caractère primitif à la puissance paternelle. Pour cette raison, l'étude de la législation romaine nous permet le mieux de connaître et de comprendre la conception première de cette institution.

Quoique Justinien ait déclaré : « *Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum ; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus*² », il ne faudrait pas en déduire que les traits distinctifs de la *patria potestas* soient exclusivement romains et qu'ils ne se retrouvent pas à l'origine des autres législations. La proposition des Institutes signifie seulement que la *patria potestas* est une institution du *jus civile*. Il est certain qu'un développement, analogue à celui que nous voyons à Rome, s'est produit, — plus rapidement, dans certains cas, c'est vrai, — chez les autres nations. En Grèce, en particulier, où dès avant Solon la puissance paternelle semble organisée conformément aux principes de pro-

¹ Cité Antique, Liv. II, ch. 8.

² § 2 Inst. I, 9 (de *patria potestate*). Voyez aussi Gaius, Inst. C. I. § 55.

tection qui ont prévalu dans les lois modernes, cette institution a traversé les mêmes phases qu'en droit romain ¹.

Mais tandis que les législations des autres peuples de l'ancienne Europe parvenues jusqu'à nous ne reflètent pas les caractères primitifs de la puissance paternelle, le droit romain nous permet de les connaître et de suivre pas à pas le développement de la *patria potestas*. Le droit des XII Tables nous présente ainsi le type des institutions anciennes en matière d'autorité dans la famille.

La puissance paternelle des législations primitives est organisée dans l'intérêt presque exclusif du père, qui, en sa qualité de chef du culte domestique, exerçait une autorité absolue sur les membres de sa famille. C'est au sein de celle-ci que le droit privé a pris naissance, et les premières lois de Rome sont d'une époque où les mœurs n'avaient pas encore mis un frein au despotisme du *pater-familias*. L'ancien droit, tout imprégné de religion, s'est imposé au législateur. Le père tenait sous son pouvoir absolu toutes les personnes et toutes les choses qui rentraient dans sa famille. A l'origine, la *patria potestas*, comme la puissance dominicale, le *mancipium* et la *manus*, se confondaient avec la propriété. Le *pater* était le maître de son enfant, comme il était propriétaire d'un esclave ou d'un animal. La volonté de l'enfant, juridiquement, était nulle, et cet assujettissement durait jusqu'à la mort de l'ascendant, hormis le cas où l'émancipation y mettait un terme plus tôt.

Il semble que, primitivement, la reconnaissance de l'enfant par le père était nécessaire ; celui-ci pouvait décider librement s'il élèverait l'enfant dont sa femme était accouchée ; s'il refusait d'en garder la charge, il l'abandonnait, comme

¹ BEAUCHET, p. 74 et suiv.

il aurait abandonné des esclaves, un bœuf, un objet inanimé. S'il ne veut pas élever l'enfant, il l'expose ; l'exposition est un acte que le père accomplit dans l'exercice de sa puissance paternelle ; elle était pratiquée communément dans toutes les classes de la société et son importance sociale fut considérable. Non seulement elle permet aux parents indigents de s'épargner des frais d'entretien, mais elle est un remède contre la surpopulation et contre le morcellement excessif de la propriété.

Selon Denys d'Halicarnasse, Romulus restreignit le droit de répudier sa paternité et décida que le père devrait élever tous ses descendants mâles et au moins sa première fille, et qu'il ne pourrait mettre à mort un enfant, à moins qu'il fût difforme, avant qu'il eût atteint l'âge de trois ans.

Le père avait, à l'égard de l'enfant, le droit de vie et de mort, le droit de vente et le droit d'abandon noxal ; ces deux dernières facultés dépendent plus spécialement de son droit de propriété. Le droit de vie et de mort est un droit du père en sa qualité de juge : l'histoire de Rome nous montre maint exemple où l'on voit le père de famille exercer ce terrible pouvoir.

Le père pouvait aussi, selon son bon plaisir, marier son enfant, et rompre son mariage : en un mot, il pouvait disposer de la personne soumise à sa puissance comme il aurait pu le faire d'un esclave ou d'un autre objet dépendant de son patrimoine.

Quant aux biens, l'enfant n'était pas susceptible d'en posséder. Tout ce qu'il pouvait acquérir, de quelque manière que ce fût, profitait à la personne exerçant sur lui la puissance paternelle.

L'on peut admettre, je l'ai dit déjà, que la *patria potestas* du droit romain primitif constitue le type d'une institution qui fut celle de toutes les nations d'origine aryenne. L'on ne

peut, ce me semble, comprendre la rigueur de cette puissance primitive qu'en faisant découler celle-ci des idées religieuses admises dans ces temps-là, qu'en mettant à sa base le culte domestique, la religion. Le père, dans l'intérieur de sa famille, avait une autorité des plus absolues « moins en sa qualité de père qu'en celle de pontife du culte domestique »¹.

Mais tandis que de bonne heure ce pouvoir absolu se trouva limité chez les autres nations, il subsista longtemps dans la législation de Rome². La forte constitution de la famille patriarcale permet d'expliquer le développement tardif de la *patria potestas* au sein de ce peuple agricole, respectueux autant que l'on peut l'être de ses antiques traditions. Mais sans doute une autre raison peut encore être invoquée : les mœurs et l'opinion préservaient en général l'enfant des manifestations exagérées de la puissance que le droit conférait au père ; et, sinon à l'époque primitive et barbare, du moins sous la République, les abus ne devaient pas être très fréquents ; l'opinion sans doute aurait impérieusement réagi ; les mœurs ont devancé les lois.

Ce n'est qu'à partir du II^e siècle de notre ère que la législation romaine limita les droits du *pater-familias*. Trajan, Hadrien, Alexandre Sévère interviennent dans l'intérêt de l'enfant ; Constantin punit de la peine du parricide le père qui met son fils à mort ; Valens et Valentinien prononcent la peine capitale contre celui qui aura tenté de tuer un jeune enfant. Dioclétien et Maximien interdisent toute aliénation du fils de famille *neque venditionis, neque donationis titulo*³. Sous Constantin, une seule exception est tolérée : le père peut vendre l'enfant, à sa naissance, *propter nimiam paupertatem*⁴. Antonin le Pieux défend au père de dissoudre le

¹ BEAUCHET, *loc. cit.*

² Le droit de vie et de mort a été, théoriquement, reconnu très longtemps au père romain, puisqu'il se trouve encore consacré dans la formule d'adrogation que nous donnent Cicéron et Aulu-Gelle.

³ C 1 Cod. IV, 43 (*de patribus, qui filios distraxerunt*).

⁴ C 2 Cod. eod. tit.

mariage de son enfant si l'union est heureuse, et cette défense fut confirmée par Dioclétien. Enfin, diverses lois avaient fait au père une obligation de doter les filles. Les constitutions de Théodose et de Justinien achevèrent cette lente évolution au cours de laquelle les droits exorbitants du *pater-familias* ont successivement été limités d'abord, puis abolis.

En ce qui concerne les biens de l'enfant, un développement analogue s'est produit. L'institution des divers *pécules* permit au fils d'administrer, puis d'acquérir pour lui un patrimoine propre.

En Grèce, ce développement fut infiniment plus rapide, bien que l'évolution n'ait pas été identique dans tous les États¹. Le droit de vie et de mort, dont Eschine affirme l'existence, disparut du droit athénien dès avant Solon. A Sparte, probablement de très bonne heure déjà, ce furent les représentants du peuple qui décidaient si un enfant serait élevé. A Thèbes, l'exposition aurait été interdite sous peine de mort, même si les parents étaient indigents². D'après Plutarque, la vente des enfants était communément pratiquée avant Solon ; on les engageait aussi pour la sûreté d'une dette. Solon restreignit ce droit du père qui ne put l'exercer, dès lors, qu'à l'égard d'une fille qu'il avait surprise en faute.

Plutôt commerçants, les Hellènes ne pouvaient s'accommoder d'une organisation patriarcale de la famille : plus d'indépendance leur était nécessaire : la puissance paternelle, assez tôt, cessa d'être perpétuelle : elle prit fin à la majorité du fils.

L'État s'arrogea le droit d'intervenir dans les rapports des

¹ BEAUCHET, p. 82 et suiv.

² BEAUCHET, p. 85 et suiv.

pères avec leurs enfants ; le père n'exerce plus qu'un droit de correction et d'exhérédation ; et l'on a pu dire avec raison que, dès le V^e siècle, dans le droit athénien, la puissance paternelle était organisée, comme celle des législations modernes, dans l'intérêt de l'enfant et non plus seulement dans celui du père, selon des principes qui, à Rome, ne furent admis qu'assez tard dans le droit impérial.

* * *

De la puissance paternelle en *droit gaulois* nous ne connaissons que fort peu de chose. Il est certain que, de bonne heure, l'influence des druides enleva à l'autorité du père le caractère despotique et barbare qu'elle dut avoir à l'origine ; en Gaule, les enfants étaient élevés par leur mère jusqu'à ce qu'ils fussent en âge de porter les armes.

Chez les *Germanis* aussi, l'autorité domestique fut absolue comme elle l'était à Rome et dans l'ancienne Grèce. La puissance paternelle reposait sur la puissance maritale ; le mot *mundium* sert à désigner l'une et l'autre ; le *mundium*, c'est le pouvoir du chef sur les membres libres de sa famille, par opposition à la puissance matérielle qu'il exerce sur les esclaves et sur les choses corporelles. Les mœurs, là aussi, modifièrent rapidement la conception primitive, excessive et rigoureuse ; la puissance paternelle des Germanis, à l'époque de la rédaction des lois barbares, c'est-à-dire du V^e au VIII^e siècle de notre ère, consiste en premier lieu dans un pouvoir de protection et de tutelle. Le droit de vie et de mort prenait fin dès que l'enfant avait été lustré ou avait pris une goutte de miel ou de lait. La femme, qui jouissait en Germanie d'une indépendance beaucoup plus grande qu'à Rome, était soumise à la puissance de son père ou d'un parent paternel, tant qu'elle restait célibataire, puis à celle de son mari. Le fils, par contre, à douze ans selon la loi salique, à

quinze ans chez les Ripuaires, c'est-à-dire dès qu'on l'estime en âge de porter les armes et de combattre, ou bien lorsqu'il se marie, — cesse d'être soumis à la puissance paternelle. Il n'a plus besoin d'être protégé ; il est un homme libre dans la tribu.

Quoi qu'il en soit, la puissance paternelle des Germains n'a pas été déterminée d'une manière aussi précise par les lois barbares, que la *patria potestas* par le droit romain. Nous ne pouvons en connaître que les traits généraux.

. . *

A mesure que le christianisme et la civilisation progressaient, les mœurs et le droit accordaient à l'enfant une protection toujours plus grande.

La pénétration réciproque de ces deux conceptions opposées de la puissance paternelle — de la romaine, basée sur l'autorité, de celle des Germains, dominée par le principe de la protection des enfants (pénétration qui fut la conséquence des invasions barbares) — amena les institutions de l'ancien droit français, puis finalement celle du Code Napoléon.

Les coutumes gauloises s'effacèrent devant le droit des envahisseurs. Dans les pays de droit écrit, la *patria potestas* du Bas Empire, atténuée encore dans ses effets, modifiée dans chaque contrée par des usages locaux, subsiste longtemps ; en particulier, l'enfant reste sous puissance jusqu'à la mort de son père, et seul un ascendant mâle pouvait exercer cette autorité.

Dans les pays de coutumes la puissance paternelle échappa presque complètement à l'influence du droit romain ; reposant sur l'idée de protection, elle est instituée dans l'intérêt de l'enfant ; le *mundium* est devenu la *mainbournie*. Les enfants en puissance ne peuvent pas posséder de biens propres ; ils sont même, selon certaines coutumes,

incapables de contracter. Mais le père avait des obligations ; il était tenu de subvenir aux besoins de ses enfants, de leur faire donner une éducation conforme au rang qu'il occupait lui-même dans la société, et de payer les amendes et les dommages - intérêts auxquels l'enfant pouvait être condamné. Les coutumiers rappellent formellement les devoirs des parents¹.

La puissance paternelle n'appartenait jamais à l'aïeul et, chose nouvelle, la mère, après le décès de son époux, pouvait l'exercer. La puissance prend fin quand l'enfant n'a plus besoin de protection. Peu à peu, les tribunaux s'arrogèrent le droit de contrôler la personne investie dans l'exercice de son autorité.

La Révolution modifia profondément la puissance paternelle, comme elle avait modifié la plupart des autres institutions. Le courant philosophique du XVIII^e siècle avait préparé la transformation. La *patria potestas* des provinces du sud, surtout, paraissait inconciliable avec la nature et la raison. La loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire restreint l'exercice du droit de correction en soumettant ce dernier au contrôle successif du Tribunal de famille et du Président du Tribunal de district.

Par décret du 28 août 1792, l'Assemblée nationale décida « que les majeurs ne seront plus soumis à la puissance paternelle ; elle ne s'étendra que sur la personne des mineurs ». La règle fondamentale du droit romain se trouvait abolie.

La même année, le 25 septembre, l'Assemblée avança l'âge de la majorité relativement au mariage et le 1^{er} février

¹ Au XIII^e siècle, Accurse représentait l'autorité paternelle comme très douce en France. Ce fait était sans doute attribuable à l'influence du droit canon qui, jointe aux idées germaniques, fit rejeter presque partout la rigueur du droit romain.

CHAPITRE PREMIER

Considérations générales sur la puissance paternelle du Code Civil Suisse.

1. — La puissance paternelle de notre Code de 1907 est inspirée des principes de la doctrine moderne : son fondement est la protection de l'enfant et l'intérêt de la société. Celle-ci, par l'intermédiaire de ses pouvoirs publics, contrôle les parents dans l'exercice de leur autorité ; elle peut et doit intervenir s'ils n'accomplissent pas leurs devoirs ou s'ils abusent de leurs droits.

Notre législateur, dans presque tous les domaines du droit de famille, a multiplié les innovations ; en matière de puissance paternelle notamment, il a consacré maint principe généreux et équitable, que l'on chercherait en vain dans d'autres législations ; il a su tenir compte, dans la mesure du possible, des aspirations les plus légitimes de la doctrine juridique et de la sociologie.

2. — Notre loi, — c'est un de ses défauts — n'est pas toujours suffisamment explicite. On a trop voulu s'en tenir aux grandes lignes, et laisser plus de latitude à l'appréciation du magistrat. La matière de la puissance paternelle, tout spé-

cialement, est réglementée d'une façon trop sommaire. Sans vouloir préconiser un ensemble de dispositions détaillées et minutieuses, comme celui du B. G. B., on peut regretter ce laconisme voulu ; il en résulte souvent de l'obscurité, et parfois, dans les déductions que la loi comporte, on se heurte à des contradictions regrettables. En outre, un système pareil au nôtre peut ouvrir un large champ à l'arbitraire de juges peu scrupuleux.

3. — La définition générale de la puissance paternelle que j'ai donnée en tête de mon introduction ne convient pas exactement à l'institution de notre loi.

Le Code suisse a séparé nettement les droits et les devoirs des père et mère à l'égard de la personne de l'enfant de ceux relatifs à ses biens ; les premiers seuls, suivant la terminologie qu'il a consacrée, constituent la puissance paternelle ; un chapitre spécial renferme la matière des seconds.

Le titre VII, intitulé *Des enfants légitimes*, contient les divisions suivantes : Chapitre I. De la filiation légitime ; ch. II. De la légitimation ; ch. III. De l'adoption ; ch. IV. Des effets généraux de la légitimité ; ch. V. De la puissance paternelle ; ch. VI. Des biens des enfants.

Ce système est fâcheux ; les droits des père et mère sur les biens de l'enfant sont en étroite corrélation avec la puissance sur la personne. Ces deux catégories d'attributions sont, dans notre droit comme ailleurs, liées intimément l'une à l'autre : les père et mère n'ont l'administration et la jouissance des biens de l'enfant que s'ils exercent la puissance paternelle¹, et réciproquement, ils ne peuvent les perdre qu'en étant déchus de la puissance (art. 290 et 298). Ainsi, les droits et les devoirs des père et mère sur les biens de l'enfant ne sont, en fait, que des attributs de la puissance paternelle.

Il aurait été simple et logique de réunir en un même chapitre les droits et les devoirs quant à la personne de l'enfant

¹ A une exception près, celle de l'art. 298, al. 2.

et ceux relatifs à ses biens. Il en est ainsi dans le Code allemand, la plus récente des grandes lois civiles étrangères.

Dans l'index alphabétique de son excellente édition du C. C. S., M. V. Rossel a inséré l'indication suivante : « Puissance paternelle. A l'égard de la personne des enfants, art. 273 et s. A l'égard de leurs biens, 290 et s. Des parents naturels, 324 et s. » Il l'a fait à tort, car il a méconnu la volonté des rédacteurs de notre loi, qui tenaient à séparer l'un de l'autre ces deux champs de l'activité des parents.

Mais je ne puis m'empêcher de regretter que le législateur n'ait pas adopté une solution correspondant à la notice de M. Rossel. Il aurait pu, de cette façon, tout en réunissant sous la même dénomination de « puissance paternelle » des attributions connexes, maintenir, au moyen de deux subdivisions, la distinction qu'il désirait. Une telle solution aurait été excellente.

Quoi qu'il en soit, je ne traiterai que de la puissance sur la personne et je compte ne pas étudier les droits relatifs aux biens, — sauf à donner sur ce dernier point les quelques indications qui me paraîtront indispensables.

4. — Les droits et les devoirs de la puissance paternelle de notre loi se rapportent principalement à l'éducation de l'enfant et à sa représentation. Mais, en dehors du chapitre de la puissance paternelle, nous trouvons quelques droits des père et mère qui, bien qu'ils ne figurent pas sous cette rubrique, n'en sont pas moins des attributs de l'autorité des parents. Je les relèverai pour autant qu'ils se rapportent à la personne de l'enfant.

5. — Par contre, le Code suisse a nettement séparé de la puissance paternelle, avec beaucoup de raison d'ailleurs, certaines matières que d'autres lois ne manquent pas d'y rattacher. Il en est ainsi de l'acquisition du nom de famille et de celle du droit de cité ; c'est le cas surtout de l'obligation de supporter les frais d'entretien et d'éducation. Le nom et le droit de cité s'acquièrent indépendamment de la volonté de père et mère, et ceux-ci, qu'ils exercent la puissance pater-

nelle ou qu'ils en soient déchus, ont à supporter les frais qu'entraînent l'entretien de l'enfant et son éducation. Les dispositions qui se rapportent à ces objets se trouvent pour la plupart insérées au chapitre IV du titre septième, sous la rubrique : « Des effets généraux de la légitimité. »

6. — Indépendamment de la puissance paternelle, le C. C. S. connaît, comme institution de droit, l'*autorité domestique* sur les personnes vivant en ménage commun. Elle appartient à celui qui est le chef de la famille en vertu de la loi, d'un contrat ou de l'usage (art. 331-334). Il s'agit plutôt ici d'un pouvoir de police, sans rapport avec la puissance des père et mère. Le chef de famille peut exercer à la fois cette dernière et l'autorité domestique ; les enfants sous puissance sont soumis à toutes deux.

Si des personnes distinctes sont investies de ces deux autorités, elles peuvent entrer en conflit ; ainsi, lorsque l'enfant sous puissance fait partie avec son père du ménage de l'aïeul. Pour l'enfant, la puissance paternelle doit alors être prédominante ; quant au père, s'il ne veut pas exercer son autorité sur l'enfant conformément aux vues du chef de la famille, il peut se soustraire à l'autorité domestique en s'en allant.

Cette institution, d'un caractère nettement patriarcal, est somme toute superflue et le législateur aurait pu la laisser de côté.

7. — Les dispositions concernant la puissance paternelle sont d'ordre public ; on ne peut y déroger par conventions particulières. Notre loi ne contient pas l'équivalent des art. 6 et 1388 du C. C. fr. ; le second alinéa de l'art. 277 ne renferme pas de principe général. Néanmoins, il faut admettre que toute convention dérogeant aux règles établies par la loi en matière d'autorité des père et mère sur leurs enfants est nulle et non avenue.

CHAPITRE II

Des personnes soumises à la puissance paternelle et de celles qui l'exercent.

8. — Le droit civil suisse connaît deux catégories d'incapables, c'est-à-dire de personnes privées de la faculté d'exercer par elles-mêmes leurs droits civils : les incapables de fait et les incapables de droit.

Sont incapables de fait les personnes privées de discernement, celles donc qui sont dépourvues de la faculté d'agir raisonnablement, à cause de leur jeune âge, par suite de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'ivresse ou d'autres causes semblables : ce sont tous les êtres humains auxquels il est matériellement impossible de manifester une volonté libre et raisonnée, sans laquelle on ne peut participer à un acte juridique : les idiots, les aliénés, les enfants en bas-âge, les individus en état d'ivresse, ou qui pour une autre cause n'ont pas conscience de leurs actes (art. 16) ¹.

Sont incapables de droit les mineurs non émancipés et les interdits (art. 14 et suiv.).

¹ L. F. sur la capacité civile du 22 juin 1881, art. 4.

Tout individu célibataire qui n'a pas atteint l'âge de vingt ans révolus est un mineur.

Le mineur âgé de dix-huit ans révolus peut être émancipé ; l'émancipation fait disparaître l'incapacité.

Sont interdits les individus à qui l'autorité retire l'exercice de leurs droits civils. L'interdiction doit frapper ceux qui sont incapables de gérer leurs affaires pour cause de maladie mentale, de faiblesse d'esprit ; ceux qui par leur prodigalité, leur ivresse ou leur inconduite s'exposent, eux ou leur famille, à tomber dans le besoin ; ceux qui ont été condamnés pour un an ou plus à une peine privative de liberté ; l'autorité peut interdire enfin l'individu qui désire avoir un tuteur, parce qu'il est empêché de gérer convenablement ses affaires par suite de faiblesse sénile, de quelque infirmité ou de son inexpérience (art. 369-372). L'incapacité apparaît au moment de la décision de l'autorité prononçant l'interdiction.

9. — La relation entre ces deux genres d'incapacités est la suivante :

L'incapacité de fait est absolue en ce sens que tout acte passé par l'incapable est, dès l'origine, nul et non avenue. Elle est intermittente en ce sens qu'elle doit être établie pour chaque cas particulier à l'occasion duquel on l'invoque ; son existence est une question de fait ; si elle est habituelle, elle provoque l'incapacité de droit (l'on met un fou sous tutelle), et le plus souvent l'incapable de fait est en même temps incapable de droit ; l'incapacité de fait peut toutefois exister seule : un homme se trouve en état d'ivresse ou d'hypnose.

L'incapacité de droit n'a pas nécessairement pour cause efficiente une incapacité de fait. Un mineur de dix-sept ans, un prodigue, un simple d'esprit ne sont pas généralement privés de discernement, pas plus que le sourd-muet qui a demandé d'être mis sous tutelle. Mais souvent l'incapable de droit est en même temps un incapable de fait : le fou à qui l'on donne un tuteur.

CHAPITRE II

Des personnes soumises à la puissance paternelle et de celles qui l'exercent.

8. — Le droit civil suisse connaît deux catégories d'incapables, c'est-à-dire de personnes privées de la faculté d'exercer par elles-mêmes leurs droits civils : les incapables de fait et les incapables de droit.

Sont incapables de fait les personnes privées de discernement, celles donc qui sont dépourvues de la faculté d'agir raisonnablement, à cause de leur jeune âge, par suite de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'ivresse ou d'autres causes semblables ; ce sont tous les êtres humains auxquels il est matériellement impossible de manifester une volonté libre et raisonnée, sans laquelle on ne peut participer à un acte juridique : les idiots, les aliénés, les enfants en bas âge, les individus en état d'ivresse, ou qui pour une autre cause n'ont pas conscience de leurs actes (art. 16)¹.

Sont incapables de droit les mineurs non émancipés et les interdits (art. 14 et suiv.).

¹ L. F. sur la capacité civile du 22 juin 1881, art. 4.

Tout individu célibataire qui n'a pas atteint l'âge de vingt ans révolus est un mineur.

Le mineur âgé de dix-huit ans révolus peut être émancipé ; l'émancipation fait disparaître l'incapacité.

Sont interdits les individus à qui l'autorité retire l'exercice de leurs droits civils. L'interdiction doit frapper ceux qui sont incapables de gérer leurs affaires pour cause de maladie mentale, de faiblesse d'esprit ; ceux qui par leur prodigalité, leur ivresse ou leur inconduite s'exposent, eux ou leur famille, à tomber dans le besoin ; ceux qui ont été condamnés pour un an ou plus à une peine privative de liberté ; l'autorité peut interdire enfin l'individu qui désire avoir un tuteur, parce qu'il est empêché de gérer convenablement ses affaires par suite de faiblesse sénile, de quelque infirmité ou de son inexpérience (art. 369-372). L'incapacité apparaît au moment de la décision de l'autorité prononçant l'interdiction.

9. — La relation entre ces deux genres d'incapacités est la suivante :

L'incapacité de fait est absolue en ce sens que tout acte passé par l'incapable est, dès l'origine, nul et non avenue. Elle est intermittente en ce sens qu'elle doit être établie pour chaque cas particulier à l'occasion duquel on l'invoque ; son existence est une question de fait ; si elle est habituelle, elle provoque l'incapacité de droit (l'on met un fou sous tutelle), et le plus souvent l'incapable de fait est en même temps incapable de droit : l'incapacité de fait peut toutefois exister seule : un homme se trouve en état d'ivresse ou d'hypnose.

L'incapacité de droit n'a pas nécessairement pour cause efficiente une incapacité de fait. Un mineur de dix-sept ans, un prodigue, un simple d'esprit ne sont pas généralement privés de discernement, pas plus que le sourd-muet qui a demandé d'être mis sous tutelle. Mais souvent l'incapable de droit est en même temps un incapable de fait : le fou à qui l'on donne un tuteur.

L'incapacité de droit est continue, mais elle est relative : les actes du mineur ou de l'interdit capables de discernement peuvent être ratifiés par l'auteur, dès qu'il jouit de la capacité civile, ou par son représentant légal ; ils ne sont pas nuls *a priori*.

10. — Les incapables de droit, donc les mineurs et les interdits, ont nécessairement et toujours un représentant légal ; ils restent d'une manière constante soumis à une autorité, à une *puissance*, qui sera la puissance paternelle ou la puissance tutélaire.

L'art. 368 dispose en son premier alinéa : *Tout mineur qui n'est pas sous puissance paternelle sera pourvu d'un tuteur*¹. Des termes de cette disposition, il semble résulter que la puissance paternelle constitue la règle pour les mineurs, la puissance tutélaire n'intervenant que si la première fait défaut. Nous verrons qu'il n'en est ainsi que pour certains mineurs ; que d'autres seront soumis à la puissance paternelle ou à la tutelle, selon l'appréciation de l'autorité.

11. — Dans le système du C. C. S., la puissance paternelle appartient aux personnes qui ont procréé l'enfant, ou à celles qui leur sont assimilées (parents adoptifs) ; elle est exercée soit par les auteurs en commun, soit par l'un ou l'autre d'entre eux ; aucune autre personne ne peut en être investie ; les ascendants en particulier ne peuvent participer à son exercice, pas plus que la marâtre ou le beau-père. Cette solution est conforme à la théorie moderne de la puissance paternelle. Si donc il n'y a pas d'ascendant au premier degré, capable d'exercer la puissance, la nomination d'un tuteur est nécessaire.

La réciproque par contre n'est pas vraie ; nous verrons que ce n'est pas seulement de la puissance paternelle que les père et mère peuvent être investis, mais que la tutelle

¹ La tutelle et la puissance paternelle sont exclusives l'une de l'autre ; ce n'est pas le cas en France où il arrive que la puissance paternelle et la tutelle soient exercées par deux personnes différentes.

de leurs enfants mineurs peut aussi leur être déferée (voir nos 187-188).

12. — Le droit français cependant confère certains droits aux aïeuls quand les père et mère font défaut ; il leur reconnaît en particulier le droit de consentir au mariage de leurs petits-enfants et celui de se faire investir de la tutelle.

Chez nous, rien de semblable. La seule relation juridique entre aïeuls et petits-enfants, en laissant de côté bien entendu les rapports du droit de succession, c'est l'obligation alimentaire.

Ce système ne paraît-il pas trop étroit ? Ne serait-il pas logique d'attribuer, à défaut d'ascendants au premier degré, à d'autres personnes liées à l'enfant par les liens du sang — aux aïeuls tout spécialement, — des droits et des devoirs identiques à ceux que la loi confère aux parents ?

On ne pourrait voir aucun inconvénient à une semblable solution, cela d'autant moins que les droits des détenteurs de la puissance paternelle ne sont accordés à ces derniers qu'afin de leur rendre plus aisé l'accomplissement de leurs obligations, et que tout abus de pouvoir dans ce domaine doit provoquer une intervention énergique de l'autorité.

On répondra que les père et mère ont contracté, par le seul fait de leur mariage, ou mieux encore de leur union, l'obligation d'élever l'enfant qui pourra naître d'eux ; que cette obligation ne peut et ne doit pas incomber à d'autres individus ; qu'enfin la puissance paternelle n'existe que pour assurer l'équilibre dans la famille et parce que l'affection naturelle garantit de la part des auteurs un souci suffisant de la personne et des biens de l'enfant pour dispenser l'autorité d'une surveillance intensive.

Ces arguments ne sont pas péremptoires ; en effet, l'exercice de la puissance paternelle pourrait être rendu facultatif pour les grands-parents ; l'enfant, d'autre part, trouverait dans l'affection de ses aïeuls, autant que dans celle de ses père et mère, la garantie d'un traitement généreux et désintéressé ; enfin, son incorporation dans la famille des grands-

parents justifierait l'attribution des droits que le législateur confère aux auteurs pour assurer la paix intérieure et le respect des traditions.

Je trouve donc, — en théorie, — que le législateur aurait pu fort bien prévoir la délation de la puissance paternelle à des parents autres que les auteurs, en particulier aux grands-parents, pour le cas où les père et mère seraient incapables de l'exercer : Une telle solution aurait été conforme aux mœurs patriarcales de certaines régions de notre pays ; elle aurait contribué, en outre, à fortifier toujours plus l'esprit de famille.

J'ai dit : en théorie. En pratique, la question est différente. La puissance paternelle et la tutelle, nous le verrons dans la suite, sont des institutions semblables et connexes ; elles ne se distinguent l'une de l'autre que par une plus grande indépendance chez les détenteurs de la première et par certains avantages dont ils jouissent et que les tuteurs ne peuvent jamais avoir. A cela près, les deux institutions ne diffèrent pas l'une de l'autre.

D'ailleurs, le plus souvent, le tuteur de l'incapable sera l'un de ses proches parents ; ses actes seront ratifiés par l'autorité pour autant qu'ils auront été inspirés par un souci respectable de la personne et des biens de l'enfant. La solution du C. C. S. ne présente donc aucun inconvénient pratique.

13. — Le droit commun n'admet la puissance paternelle que sur les mineurs, et n'y soumet jamais les enfants majeurs frappés d'interdiction, ces derniers étant placés sous puissance tutélaire. Notre loi, au contraire, connaît l'exercice de l'autorité paternelle sur la personne des interdits ¹.

Je veux parler d'abord de la puissance paternelle sur les mineurs ; j'emploierai la seconde partie de ce chapitre à traiter de celle que les parents peuvent, dans certains cas, exercer sur leurs enfants majeurs incapables de droit.

¹ La puissance paternelle sur les majeurs est admise en droit autrichien ; la prorogation a lieu par décision de justice, pour cause d'incapacité, de prodigalité, ou d'inconduite de l'enfant.

PREMIÈRE PARTIE

De la puissance paternelle sur les mineurs.

14. — L'art. 273 pose le principe général que durant sa minorité l'enfant est soumis à la puissance paternelle. Cette disposition se trouve insérée au titre VII, consacré aux enfants légitimes. Nous allons voir que ce n'est pas seulement sur ces derniers, auxquels j'assimile bien entendu les enfants légitimés, que s'exerce la puissance paternelle, mais que les enfants adoptifs, et dans certains cas les enfants naturels, y sont également soumis.

Dans une section première, j'étudierai la puissance paternelle en cas de filiation légitime ; dans la seconde, je parlerai de la filiation adoptive ; enfin, je m'occuperai de la puissance paternelle sur les enfants naturels dans une troisième et dernière section.

SECTION I

Filiation légitime.

§ 1. Des enfants légitimes.

15. — Est légitime tout enfant né pendant le mariage, ou dans les trois cents jours qui suivent sa dissolution, pour autant que le mari ne l'ait pas désavoué. C'est donc la naissance pendant le mariage, ou immédiatement après, qui constitue dans notre droit le critère d'après lequel se détermine de prime abord la légitimité ou l'illégitimité d'un enfant.

Je ne veux pas m'arrêter à l'étude des cas de désaveu (art. 253 à 257) ; elle m'entraînerait trop loin. Disons seulement que l'action en désaveu appartient au père ; qu'elle ne peut

appartenir à d'autres intéressés que si le père est matériellement empêché de l'intenter ; que la preuve en cette matière est rendue plus facile par le Code suisse qu'elle ne l'est dans le système du Code Napoléon, puisqu'il suffit d'établir que le mari ne saurait être le père ; qu'enfin le désaveu ne rencontre aucune difficulté si l'enfant a été conçu avant le mariage à condition qu'il naisse moins de cent quatre-vingts jours après la célébration (art. 255).

16. — Les enfants nés hors mariage sont illégitimes de plein droit ; pourtant leur état n'est pas sans remède possible : ils peuvent être légitimés. S'ils le sont, ils acquièrent les mêmes droits qu'ils auraient eus en naissant du mariage.

Le C. C. S. connaît deux formes de la légitimation : la légitimation par mariage subséquent des père et mère, et celle par autorité de justice. Dans le premier cas, l'enfant est légitimé de plein droit au moment où ses père et mère contractent mariage. L'art. 259 impose à ces derniers l'obligation de déclarer à l'officier d'état civil, lors de la célébration ou immédiatement après, les enfants qu'ils ont eus ensemble avant de se marier. Ce n'est là qu'une obligation formelle dont l'omission peut entraîner, pour ceux qui la commettent, l'infliction d'une amende, mais qui ne saurait avoir d'autre effet. Quelle que soit l'époque du mariage, les enfants se trouvent légitimés, même si leurs père et mère ne savaient pas ce qu'ils sont devenus, même si les enfants ne connaissent pas leurs parents.

17. — Lorsque les père et mère d'un enfant naturel s'étaient promis le mariage, et qu'ils ne peuvent se marier pour l'un des motifs prévus à l'art. 260 (décès de l'un des fiancés ou perte de la capacité requise pour contracter mariage), le juge légitimera l'enfant à la demande de l'autre fiancé, de l'enfant lui-même ou des descendants de ce dernier. La légitimation par autorité de justice est admissible aussi lorsque les deux fiancés sont incapables, — tous deux sont morts. L'agrément des père et mère n'étant pas nécessaire, la légitimation peut être prononcée à la requête de l'enfant, de son

représentant s'il est incapable, de ses descendants, ou des représentants des père et mère incapables, pourvu que le rapport de filiation et la promesse de mariage puissent être établis.

18. — L'enfant légitimé a, vis-à-vis de ses père et mère et de leur parenté, les mêmes droits et, cela va de soi, les mêmes devoirs, que s'il avait été légitime dès sa naissance. Je puis donc, au cours de ce travail, assimiler les légitimés aux enfants légitimes. Toutefois, la partie du présent chapitre où je traite de l'exercice de la puissance paternelle durant le mariage ne concerne pas les enfants légitimés par autorité de justice, à moins que leurs parents, l'obstacle ayant disparu, ne se soient régulièrement mariés.

19. — La L. F. sur l'état civil et le mariage du 24 décembre 1874, en son art. 55, a introduit en Suisse un principe curieux selon lequel tous les enfants nés d'un mariage nul, et ceux que cette union aurait légitimés si elle avait été valable, seraient légitimes. Par là, les effets spéciaux que le droit canonique avait prévus en matière de mariage putatif se trouvaient étendus à tous les mariages nuls, même à ceux où l'un des époux, ou tous les deux, auraient été de mauvaise foi. Le législateur suisse n'a pas voulu que ces enfants fussent, par la faute de leurs parents, dans une situation pénible. Ce système est équitable, c'est certain, quoique illogique au plus haut degré. Pour être conséquents, les rédacteurs de cette loi auraient dû supprimer l'antique distinction entre enfants légitimes et naturels. Ces derniers ne devraient pas subir un traitement moins favorable que celui dont jouissent les enfants nés d'un mariage nul contracté de mauvaise foi. On peut invoquer aussi, contre l'art. 55 de la loi citée, la disparition de tous les moyens d'intimidation¹. Le C. C. S.² a maintenu le système de la loi de 1874.

¹ En droit civil allemand, la loi détermine les conséquences de la mauvaise foi du père ; celui-ci n'exerce aucune autorité sur l'enfant et la puissance paternelle appartient à la mère seule. (B. G. B., § 1701.)

² Des nullités de mariage, art. 120 à 136.

§ 2. Exercice de la puissance paternelle.

20. — Avant d'exposer le système de notre loi, je veux passer rapidement en revue les diverses solutions que présente l'histoire du droit en matière d'attribution de la puissance paternelle.

21. — *Droit romain.* Dans la législation des XII Tables, tous les droits de la puissance paternelle appartiennent au *pater* ; la mère n'en avait aucun ; jamais elle ne pouvait obtenir la moindre part à l'exercice de la *potestas*, ni pendant, ni après le mariage, ni en dehors.

La mère n'avait même aucun droit sur la succession de son enfant, parce qu'entre elle et lui il n'y avait pas de parenté civile ; quand, par contre, elle était *uxor in manu*, la mère avait dans la famille de son mari la même situation que si elle y était entrée par la naissance ; la *conventio in manu* créait un lien de parenté civile ; juridiquement donc, la *mater familias* avait la situation d'une fille dans la famille de son mari, et comme telle, pouvait succéder au même titre que ses propres enfants.

Mais si la loi romaine ne lui accordait aucun droit sur la personne ou sur les biens de ses enfants, ce serait une erreur de croire que la mère n'exerçait ni influence, ni autorité. Sa puissance, c'est vrai, n'avait pas d'assise légale. Mais la *mater familias* n'en jouait pas moins un rôle important. Jamais elle ne fut entourée de plus de respect qu'à cette époque primitive¹ ; par le mariage, elle devenait l'égale de son mari ; elle partageait avec lui le gouvernement de la maison et dirigeait l'éducation de ses enfants. Si le législateur n'a pas sanctionné l'autorité de la mère, c'est sans doute que les mœurs étaient assez puissantes pour la faire respecter. Sans exagération, l'on peut dire qu'il en a été et qu'il en est encore ainsi dans la plupart des législations : les mœurs reconnaissent à la mère la part d'autorité que lui refusent les lois.

¹ FUSTEL DE COULANGES, p. 108.

Nous ne voulons cependant considérer que la condition juridique de la femme, et non celle que les mœurs ont pu lui faire en dehors de toute base légale ; nous pouvons donc affirmer qu'en droit romain primitif, la mère ne participe en rien à l'exercice de la puissance paternelle.

22. — La situation juridique de la mère s'améliora avec la disparition progressive de la *manus* et de la tutelle perpétuelle des femmes, d'une part, et d'autre part, à mesure qu'on reconnut la parenté du sang comme source de droits et d'obligations¹.

Un décret d'Antonin le Pieux et deux rescrits de Marc Aurèle et de Sévère prescrivirent qu'en cas de divorce le magistrat déciderait, *ex justissima causa*, à qui du père ou de la mère appartiendrait la garde de l'enfant². Ce fut là une première et grave atteinte portée à l'ancien principe romain. Dès lors, les droits de la femme sur la personne et les biens de son enfant s'élargissent sans cesse. Les empereurs chrétiens, à mesure qu'ils donnaient à la mère une plus grande part dans la direction de la famille, lui reconnurent aussi des droits plus étendus dans la succession de ses enfants.

23. — En *droit grec*, la mère n'exerçait pas plus qu'à Rome les droits de la puissance paternelle. De même en *droit germanique*, où cette puissance est le corollaire de l'autorité du mari sur son épouse, du *mundium* ; le père a droit à l'enfant de sa femme s'il exerce sur elle la puissance maritale. La mère, quoique son influence domestique fût grande, n'eut pas, jusqu'au moyen âge, l'exercice de la puissance paternelle.

24. — Dans le *droit coutumier*, l'acquisition de la puissance paternelle n'est plus une conséquence de l'acquisition du *mundium* sur la mère ; elle a sa source dans le mariage ou dans la légitimation, il en résulte que les deux époux sont aptes également à l'exercer, et que la mère, à défaut de son mari, pouvait s'en trouver investie.

¹ GIRARD, p. 166 et suiv.

² L. 1, § 3. Dig. 43,30 (de lib. exhib.).

25. — Le C. C. fr. a consacré le principe des pays de coutume ; il reconnaît à la mère, aussi bien qu'à son mari, des droits sur l'enfant, et les habilite l'un et l'autre à l'exercice de la puissance paternelle : L'art. 373. établit le départ de cette autorité commune. « Le père seul exerce cette autorité durant le mariage. » Laurent¹, en même temps qu'un grand nombre de commentateurs, prétend que cette disposition ne doit pas signifier que la mère reste étrangère à l'éducation de son enfant. La loi, disent ces auteurs, n'a pas entendu la dégager d'un devoir que la nature lui impose ; mais son intervention n'est que morale et son droit précaire ; le plus souvent les père et mère seront d'accord et prendront en commun les mesures nécessaires ; il fallait stipuler, en cas de dissentiment entre père et mère, la prépondérance de la volonté de l'un d'eux, et selon la loi c'est la volonté du père qui doit prévaloir. Tel est, d'après eux, le sens de l'art. 373.

Cette thèse est juste. Mais, encore une fois, je veux, en parlant de la situation respective des époux relativement à l'exercice de la puissance paternelle, faire abstraction de tout ce que peuvent consacrer les mœurs et la tradition et ne retenir que les droits reconnus par la loi.

Je dirai donc, avec M. Planiol, que le droit français, comme le droit coutumier, a rendu le père et la mère capables d'exercer la puissance paternelle, mais que la seconde n'en obtient l'exercice qu'à défaut du premier, — lorsque le père est mort, lorsqu'il est hors d'état d'exercer ses droits, (pour absence ou folie, par exemple) et quand il est déchu, à condition que les tribunaux jugent la mère digne d'être investie.

Cette exclusion de la mère n'est pourtant pas absolue : elle a le droit de consentir au mariage de ses enfants et à leur adoption ; mais en cas de dissentiment, le consentement du père suffit. Elle n'a donc que voix consultative, mais elle a le droit d'être consultée.

¹ P. 274.

Le Code français témoigne d'une défiance injurieuse pour la mère ; il en est ainsi surtout de celle qui se remarie ; tandis que le père marié en secondes noces conserve la jouissance légale des biens de son enfant, la femme au contraire la perd ; le droit de correction n'est pas non plus conféré dans la même étendue aux deux parents.

Le législateur a redouté certainement la *fragilitas sexus* ; il n'a su se débarrasser de cet inepte préjugé.

26. — Dans le Code Civil italien, de 1866, la puissance paternelle est dévolue aux deux parents à la fois, mais c'est le père qui en a l'exercice pendant le mariage.

27. — Le *Droit commun* n'accordait pas la puissance à la mère, mais la plupart des législations spéciales la faisaient participer à cette autorité.

Selon le B. G. B., la mère est investie avec le père de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant¹ ; mais l'opinion du mari prévaut. La mère ne peut exercer la puissance dans toute son étendue, notamment représenter l'enfant, que lorsque le mari se trouve matériellement empêché de le faire, — s'il est absent, malade, interdit, fou ou sous curatelle. La mère a, dans ce cas la pleine puissance tant sur la personne que sur les biens, à l'exception toutefois du droit de jouissance.

28. — Comme l'ont fait le Code français et le droit allemand, le C. C. S. a consacré le principe du droit coutumier : le père et la mère sont l'un et l'autre capables d'exercer la puissance paternelle. Mais, tandis que la loi française n'appelle la mère qu'à défaut du mari, tandis que le Code allemand n'accorde à la mère qu'une puissance limitée et subsidiaire, notre législateur a proclamé la pleine égalité des deux époux. Les père et mère, liés également à l'enfant par des droits et des devoirs, ont en principe un droit égal et permanent à l'exercice de la puissance paternelle, et ce droit n'est pas sanctionné par les mœurs seulement, mais il l'est par la loi.

¹ B. G. B. § 1634.

29. — En son premier alinéa, l'art. 274 dispose : *Les père et mère exercent en commun la puissance paternelle pendant le mariage*. Cette disposition contient pour la plupart des cantons une innovation considérable. Presque partout, en effet, la puissance paternelle est considérée comme un droit compétant au père seul, la participation de la mère n'étant consacrée que par les mœurs et la coutume¹. De même, les législations cantonales avaient, en cas de décès du père, réglé différemment les rapports juridiques entre la mère et l'enfant, les unes attribuant l'exercice de la puissance paternelle à la mère, les autres prescrivant l'organisation d'une tutelle².

30. — La puissance paternelle du C. C. S. est dominée ainsi par le principe que son exercice n'est plus attribué au père seulement, mais qu'il doit appartenir aux deux parents en commun. En d'autres termes, la puissance paternelle a fait place à la *puissance des parents*. Le terme « puissance paternelle » ne convient plus à l'institution de notre loi. L'expression allemande *Elterliche Gewalt* est seule exacte, mais on ne peut la traduire en une formule pratique. Ce n'est là d'ailleurs qu'une question de détail. Il importe peu que l'étiquette ne convienne plus à cause de son étymologie : puissance paternelle, c'est le terme technique pour désigner désormais la puissance des parents.

31. — L'art. 300 du projet de 1900 prévoyait un exercice commun de la puissance paternelle par les père et mère, mais dans des domaines distincts ; le père en était investi comme chef de l'union conjugale, tandis que la mère ne l'était que « dans la sphère de ses attributions légales ». On créait ainsi une sorte de système départemental, la mère ne pouvant exercer la puissance paternelle que dans un domaine restreint. On a justement considéré ce départ comme étant trop indécis et trop dangereux³. et le projet de

¹ HUBER, I, p. 432-435 ; Gottofrey, *Bulletin sténographique* XV, p. 742 et suiv.

² HUBER, *loc. cit.*

³ HOFFMANN, *Bull. stén.* XV, 1177 et suiv.

1904 déjà renonçait à ce système boiteux pour adopter la solution présente.

32. — Le législateur suisse a pu proclamer aisément le principe nouveau de l'égalité des époux dans l'exercice de la puissance paternelle, après avoir, au titre cinquième sur les effets généraux du mariage, libéré la femme des incapacités traditionnelles que la plupart des législations font peser sur elle. Notre droit a rompu avec l'injuste et fausse conception d'une infériorité intellectuelle et morale de la femme, corrélative à son infériorité physique. Tant qu'elle était, de fait, incapable de prendre part à la direction de la famille et à son administration, à cause de son ignorance ou de son manque d'éducation, une puissance maritale absolue pouvait se justifier.

Mais la femme, peu à peu, et souvent malgré l'homme, a pu s'émanciper. Dans les civilisations modernes, elle n'est plus en état d'infériorité intellectuelle ; la loi doit rompre avec la tradition, tenir compte de cette ascension de la femme vers la capacité pleine et entière et reconnaître ses compétences. Aussi notre Code, dit M. Rossel, a rejeté la vieille notion de l'omnipotence maritale : « il a reconnu la capacité civile de la femme mariée, et il a fait à cette dernière dans le ménage une situation correspondant aux idées et aux mœurs de l'époque actuelle ¹. »

La femme gouverne son domaine propre ; elle tient son mandat de la loi ; elle remplace son mari comme chef de l'union conjugale ; il est naturel qu'on lui reconnaisse le droit de concourir d'une manière effective à l'exercice de la puissance paternelle.

33. — Toutefois notre Code, après avoir dégagé la femme mariée des antiques entraves que les préjugés et les lois maintenaient à sa condition, n'a pas voulu perdre de vue l'intérêt de la famille elle-même et celui de la collectivité. Le législateur a reconnu que dans l'union conjugale, comme

¹ Manuel de MM. ROSSEL et MENTHA, tome I, p. 230.

dans toute société, il fallait une volonté directrice et dominante. Tant que les deux époux s'entendent sur la direction et sur l'administration de leur ménage, la question n'en est pas une ; elle se pose en cas de dissentiment et notre Code la résout en mettant la femme en minorité, sans lui enlever toutefois la faculté de recourir à l'intervention du juge pour sauvegarder ses droits, quand le chef de l'union les méconnaît sans raison.

34. — Le législateur suisse a su apporter des innovations heureuses dans le domaine du droit de famille ; il a admis l'égalité intellectuelle et morale des époux, et par conséquent leur égalité juridique ; leur liberté ne doit être limitée que dans l'intérêt de la famille. Cette conception élevée et nouvelle, qui domine tout notre droit de famille, a permis plus spécialement de régler d'une manière équitable et rationnelle la puissance des parents sur leurs enfants.

Dans le domaine sans cesse élargi de l'émancipation féminine, l'admission de la mère à l'exercice de la puissance paternelle, au même titre que son mari, constitue l'une des innovations les plus lourdes en conséquences, mais en même temps les plus désirables.

35. — Comme je l'ai exposé déjà, les époux ne peuvent déroger conventionnellement aux dispositions concernant la puissance paternelle ; il en est plus spécialement ainsi, lorsqu'il s'agit de l'exercice de cette autorité. Ainsi, toute convention par laquelle un des époux renoncerait, en tout ou en partie, aux droits que lui confère la loi, serait nulle et non avenue. La mère ne peut pas stipuler qu'elle veut laisser à son mari une pleine et entière liberté, et ce dernier ne pourrait reconnaître à la femme des prérogatives que la loi ne lui accorde pas.

Nous allons maintenant étudier l'exercice de la puissance paternelle du droit civil suisse dans les diverses éventualités qui peuvent se présenter.

I. DURANT LE MARIAGE.

36. — La consécration légale du droit qu'a la mère de participer à l'exercice de la puissance paternelle se trouve, nous l'avons vu, au premier al. de l'art. 274. Ce n'est là qu'une déclaration de principe : au chapitre cinquième, je relèverai les quelques exceptions que souffre le droit de la mère.

Pendant le mariage donc, et pour autant qu'ils ne sont pas séparés de corps, les époux possèdent, à un titre égal, l'exercice de la puissance paternelle sur leurs enfants ; la mère, en principe, peut exercer, comme son mari, toutes les attributions qui en dépendent ; l'art. 274 lui donne, comme au père, le droit, et lui impose le devoir, de veiller à l'éducation de son enfant et de lui donner tous les soins que réclame son état.

37. !— Une question préliminaire est à résoudre ici. Chaque époux peut-il prendre de son propre chef, en vertu du droit que lui concède l'art. 274, les dispositions qu'il lui plaît ?

Sans doute, à l'égard des tiers, la mère et son époux agissent valablement indépendamment l'un de l'autre ; ni l'un ni l'autre n'a besoin d'invoquer l'autorisation de son conjoint. Les décisions et les engagements que la mère prend en sa qualité de titulaire de la puissance paternelle sont valables au même degré que ceux du père ; toujours à l'égard des tiers, elle est qualifiée pour prendre par elle-même toutes mesures qu'elle juge opportunes. Elle n'agit pas en vertu d'un mandat exprès ou tacite de son mari, mais en vertu de son propre droit. Une seule exception est à mentionner : à l'égard des tiers, la mère ne peut pas représenter seule son enfant ; elle ne peut le faire qu'avec l'autorisation expresse ou tacite de son mari (n° 296).

38. — Mais, l'un à l'égard de l'autre, les père et mère doivent exercer leur autorité en commun. La loi le dit expressément, et d'ailleurs cette solution est seule conforme à l'es-

prit de notre législation sur la matière et au bon sens le plus élémentaire. Le père doit faire part à sa femme de ses intentions concernant l'exercice de la puissance paternelle et lui demander son avis. Chaque fois qu'il s'agit de prendre une décision intéressant l'enfant, la mère a le droit d'être consultée. De son côté, celle-ci ne peut pas agir comme elle l'entend et selon son bon plaisir ; elle doit avoir l'assentiment de son époux.

L'action doit être commune, c'est là le sens de notre art. 274 ; les père et mère ne peuvent prendre une mesure concernant l'enfant qu'après l'avoir discutée ensemble, — pour autant, cela va sans dire, que les circonstances permettent un échange de vues semblable. Il est évident d'ailleurs que dans bien des cas, l'un des époux, certain d'avoir l'assentiment de son conjoint, pourra agir sans prévenir ce dernier.

39. — Le plus souvent, les père et mère, éclairés par leur affection et leur bon sens, sauront prendre d'un commun accord toutes les mesures que réclame l'intérêt de l'enfant, le consentement de l'un pouvant être d'ailleurs, dans bien des cas, tacite. Il en sera généralement ainsi non seulement dans les ménages unis, mais partout où les père et mère seront tous deux clairvoyants et à la hauteur de leur tâche éducatrice.

Mais il peut arriver que le père et la mère aient des idées divergentes sur les mesures à prendre dans l'intérêt de l'enfant. Dans le mariage, comme dans toute société, il faut que les différends puissent être tranchés ; il le faut surtout quand il s'agit de questions aussi délicates que celles que peut soulever l'exercice de la puissance paternelle. Ces questions ne doivent pas rester en suspens ; il faut de plus qu'elles puissent être réglées suivant un critère constant. Il convenait donc de prévoir dans la loi ces conflits possibles et de leur assurer un prompt règlement.

Deux systèmes se présentent à l'examen : ou bien l'on pourrait prescrire que les conflits entre époux seraient tranchés par l'autorité ; mais l'intervention fréquente des pou-

voirs publics n'est pas recommandable ; elle compromettrait bientôt la paix et la dignité de la famille ; un tiers d'ailleurs ne peut pas être mis au courant de toutes les circonstances particulières à l'union conjugale ; le serait-il, qu'il ne saurait les apprécier à leur juste valeur.

Ou bien, et c'est le second système, l'on peut assurer la prédominance de l'une des deux volontés en conflit. C'est à cette solution que le législateur s'est rallié, avec raison. Il faut à la famille un chef, une volonté dirigeante et maîtresse ; il faut dans l'exercice de la puissance paternelle une ligne de conduite, un esprit de tradition. Cette direction revient naturellement au père ; c'est le chef de l'union conjugale (art. 160) ; son éducation, son expérience, son rôle dans la société le rendent en général plus apte que la mère ne saurait l'être, à trancher les conflits qui peuvent surgir entre époux dans l'exercice de la puissance paternelle.

Cette prédominance de la volonté du père est assurée par le 2^{me} al. de l'art. 274 : *A défaut d'entente le père décide*. Le père a par conséquent le droit de faire prévaloir sa volonté, sous réserve, en cas d'abus, de l'intervention des autorités de tutelle.

40. — Mais, pourrait-on dire, l'innovation du C. C. S. n'est que théorique ; pratiquement il n'y a rien de changé. Dès qu'il y a divergence d'opinion, la volonté du mari prévaut : il en est ainsi dans les autres législations, en France notamment. Et l'on pourrait se demander si le progrès que nous prônions tout à l'heure n'est pas simple fumisterie. A quoi sert d'insérer dans la loi le beau principe de l'exercice en commun, si l'on ajoute aussitôt que le père seul décide. N'est-ce pas là qu'une formule, pour donner satisfaction dans une certaine mesure aux revendications féministes ? N'a-t-on pas voulu, en reconnaissant la capacité de la femme, lui faire quelques concessions purement théoriques, sans rien changer pourtant à l'ordre établi ? Ces considérations peuvent avoir pesé lors de l'élaboration des projets de notre loi ; on les invoquait déjà quand fut rédigé le B. G. B.

La question, hâtons-nous de le dire, est d'un ordre plus élevé et nous voulons voir dans la solution du C. C. S. la réhabilitation intellectuelle et morale de la femme. D'un autre côté, cette reconnaissance du droit de la mère n'est pas de pure théorie ; elle a sa portée pratique aussi, puisque l'art. 274 lui donne le droit d'être consultée et puisque, à l'égard des tiers, elle peut prendre de son propre chef les décisions utiles.

En cas de désaccord seulement, elle est mise en minorité ; la prépondérance de la volonté du mari n'annihile pas ses droits.

41. — Ainsi le concours de la mère à l'exercice de la puissance paternelle est effectif ; elle a le droit absolu de contrôler les actes de son mari et d'attirer, cas échéant, l'attention de l'autorité sur le danger qui menacerait son enfant.

Si le père, contrairement à son devoir, refusait de consulter sa femme sur les mesures qu'il veut prendre, celle-ci aurait, pour faire respecter ses droits, plus d'un moyen à sa disposition. Elle peut requérir l'intervention du juge (art. 169) ; elle pourra même, si ce premier moyen ne suffit pas, demander le divorce : le mépris de son droit à la puissance paternelle constituerait certainement une *injure grave* dans le sens de l'art. 138. Le mari, de son côté, peut recourir aux mêmes moyens si son épouse lui refuse son concours, ou si trop autoritaire, véritable chef de l'union conjugale, — cela se voit parfois ! — elle agissait sans le consulter.

42. — Quand, durant le mariage, le père ne peut prendre part à l'exercice de la puissance paternelle à cause d'un empêchement de fait ou de droit, la mère, investie comme lui, reste seule à l'exercer. L'incapacité du mari n'est pas pour elle un mode d'acquisition ; elle n'a besoin d'aucune investiture ; au lieu de deux, une seule personne exerce la puissance sur les enfants, et si l'empêchement prend fin, le père ne pourra que reconnaître les dispositions prises par sa femme, sauf son droit d'agir en sens contraire afin d'annihiler leur effet dans la mesure du possible.

Il en est ainsi quand le père voyage, lorsqu'il est absent, malade, interdit ; il en est de même encore quand il se désintéresse de l'éducation de ses enfants et ne s'occupe plus d'eux.

II. MORT DE L'UN DES ÉPOUX.

43. — Le survivant des époux, que ce soit le père ou la mère, exerce dès lors seul, dans sa plénitude, l'autorité sur les enfants (art. 274, al. 3). Il se voit attribué tous les droits et tous les devoirs que les deux époux avaient jusqu'alors en commun ; tant qu'il ne se remarie pas, sa capacité n'est restreinte en aucune façon, sauf naturellement le droit d'intervention de l'autorité, s'il néglige ses devoirs.

Le père ne peut pas, par acte de dernière volonté, priver la mère de la puissance paternelle ; il ne peut non plus lui imposer un conseil comme c'en est le cas en droit allemand¹.

En se remariant le survivant investi ne perd pas la puissance paternelle² ; l'art. 286, dont nous nous occuperons plus loin, prévoit toutefois que l'exercice peut lui en être retiré lorsque les circonstances l'exigent. Au décès de l'un des époux il faut assimiler la déclaration de mort de l'art. 34 et la déclaration d'absence prévue aux art. 35 et suivants.

III. DIVORCE.

44. — Quand le mariage a été dissous par le divorce, la puissance paternelle appartient, aux termes de l'art. 274, al. 3, à celui des époux auquel les enfants ont été attribués. Notre Code présente dans ce domaine une inconséquence

¹ B. G. B. § 1687, 1688 ; ce Conseil, — *Beistand*, — a pour mission de surveiller la mère dans l'exercice de la puissance paternelle ; ses compétences sont déterminées par le Tribunal des tutelles.

² La mère dans le système du B. G. B. perd la puissance paternelle en se remariant ; elle conserve néanmoins les droits de garde et d'éducation.

due à une faute de rédaction. Traitant des effets du divorce à l'égard des enfants, l'art. 156 s'exprime comme suit dans son 1^{er} alinéa : *En cas de divorce ou de séparation de corps, le juge prend les mesures nécessaires concernant l'exercice de la puissance paternelle et les relations personnelles entre parents et enfants, après avoir entendu les père et mère et, au besoin, l'autorité tutélaire.* L'art. 274 serait correct si, au titre du divorce, le législateur n'avait parlé que de l'attribution des enfants ; il ne l'est plus puisque l'art. 156 ordonne au juge de prendre les mesures nécessaires concernant l'exercice de la puissance paternelle.

45. — Le divorce déchire les liens du mariage, mais il laisse intacts ceux qui résultent de la filiation ; les droits successoraux, l'obligation alimentaire, les empêchements au mariage notamment ne subissent aucune modification.

La vie commune entre les époux ayant pris fin, la garde des enfants doit être attribuée soit à l'un d'eux soit à un tiers : c'est une nécessité matérielle ; elle sera dans la règle attribuée à l'un des parents ; c'est la solution normale.

De même l'exercice de la puissance paternelle ne peut plus appartenir aux deux époux en commun ; l'unité de vues aura généralement cessé d'exister, et, la rancune aidant, ils pourraient fort bien se contrecarrer à plaisir. Si l'on ne veut pas organiser une tutelle, il faut donc, en cas de divorce, que la puissance paternelle ne soit exercée que par l'un des époux, à moins d'établir un départ précis entre les compétences des titulaires divorcés. En théorie, rien ne s'oppose à ce partage ; on peut fort bien attribuer certains droits à la mère et laisser l'exercice des autres à son ancien mari ; ainsi l'un d'eux ayant les droits de garde et d'éducation, on laisserait à l'autre la représentation, l'administration des biens, le droit de choisir la profession. Certaines législations prévoient une solution analogue. On ne peut, cependant, la recommander ; elle n'est pas pratique ; elle risque, de plus, de provoquer des conflits innombrables, par cela seul qu'elle met en présence, — et souvent

oppose — les époux divorcés. L'enfant ne doit pas être pour eux une cause de chicanes ; il faut surtout qu'il échappe à l'influence et à l'action contraires de personnes rivales, et qu'il ignore leurs tendances opposées. Il est plus simple, et plus conforme à l'intérêt des enfants, de laisser l'exercice de la puissance paternelle dans toute son étendue à l'époux à qui leur garde est attribuée. C'est aussi la solution que le législateur suisse a jugé bon d'adopter.

46. — Nous avons vu (n° 22), que dès les Antonins, le juge pouvait décider *ex justissima causa*, en cas de divorce, à qui des père et mère appartiendrait la garde de l'enfant. Dans la Novelle 117, au chapitre VII, Justinien modifia cette règle et statua : Si le divorce est imputable au père et que la mère ne se remarie pas, les enfants doivent être remis à la mère et le père est tenu de pourvoir à leur éducation et à leur entretien. Si au contraire le divorce est imputable à la mère, c'est au père qu'appartient la garde et c'est à lui qu'incombent tous les frais ; cependant, s'il est dans l'indigence et que la mère soit riche, c'est à elle que seront confiés les enfants à la charge de supporter toutes les dépenses.

Ces dispositions de Justinien ne sont pas d'une heureuse inspiration. Certes, l'empereur avait, avant toutes choses, considéré l'intérêt de l'enfant ; mais il se préoccupait trop de ses avantages matériels et trop peu de ses intérêts intellectuels et moraux.

Dans les législations modernes, la garde de l'enfant est généralement attribuée à l'époux non coupable ; mais presque partout on reconnaît au juge le droit de déroger à cette règle quand l'intérêt de l'enfant l'exige. L'art. 302 du C. C. fr. statue : Les enfants seront confiés à l'époux qui aura obtenu le divorce, à moins que le Tribunal, sur la demande de la famille, ou du ministère public, n'ordonne pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne.

Dans le système du B. G. B. la faute est en principe déter-

minante aussi pour l'attribution des enfants ¹. Mais le Tribunal des tutelles peut en disposer autrement.

47. — La L. F. sur l'État-civil et le Mariage du 24 décembre 1874 avait laissé ² aux cantons le soin de régler les effets ultérieurs du divorce quant à l'éducation et à l'instruction des enfants. Les dispositions des codes cantonaux sur cette matière sont très diverses. La majorité des cantons tient compte, dans l'attribution de l'enfant, de la faute et de l'innocence des époux ; quelques-uns ont égard à son âge ou à son sexe ; mais, partout, le juge peut déroger, pour le plus grand bien de l'enfant, aux principes posés par la loi. Dans les cantons d'Appenzell R.-E. et de Saint-Gall, l'intérêt de l'enfant est toujours déterminant. Obwald et les Grisons permettent au juge de statuer sur l'attribution en ne se basant que sur sa libre appréciation.

48. — Le C. C. S., à l'art. 156, n'a pas fixé de règle : l'innocence et la faute des époux ne sont pas déterminantes pour l'attribution de l'enfant, pas plus que son âge ou que son sexe ; le juge prononce en ne prenant en considération que le plus grand bien de l'enfant ; il tiendra compte du caractère des parents et de leur réputation, de leur situation financière et des charges qu'ils ont à supporter ; des milieux qu'ils fréquentent, de l'endroit qu'ils habitent ; de leurs relations et en particulier du cercle de leur parenté. Le juge peut attribuer un enfant à la mère, le ou les autres au père : la loi lui laisse entière liberté.

Sans doute le plus souvent l'enfant sera confié à l'époux innocent ; c'est en général ce dernier qui offre le plus de garanties morales. Mais le juge n'est pas lié : il apprécie librement et souverainement : l'intérêt moral, intellectuel et matériel sera son seul critère ; il pourra, mieux, il devra confier à l'époux coupable l'enfant mineur si l'intérêt de ce dernier l'exige. C'est ainsi qu'un fils que l'on destine aux étu-

¹ §§ 1635, 1636, 1699 et suiv.

² Art. 49.

des libérales pourrait fort bien être confié au père dont la conduite a provoqué le divorce, parce que ce dernier est citadin, tandis que la mère habite la campagne.

Le juge pourra-t-il, en toutes circonstances, décider que l'enfant serait confié, jusqu'à un âge déterminé, à l'un des époux, — à la mère, par exemple — pour être attribué à l'autre ensuite ? Le Code allemand prévoit une solution semblable en cas de torts réciproques ; notre loi est muette ; néanmoins il faut admettre l'affirmative : l'art. 156 laisse au juge la faculté d'en décider ainsi ¹.

49. — Les conventions que les père et mère auraient pu passer au sujet de l'attribution des enfants ne sont valables qu'après ratification par le juge (art. 158, ch. 5). Mais il est évident que de semblables accords doivent être dans la règle ratifiés : il serait imprudent de prononcer l'attribution contrairement à ces conventions ².

D'autre part le juge doit prendre en considération le désir des parents et ne pas attribuer les enfants à l'un des époux, si celui-ci ne se soucie pas de les obtenir ; le mari, sans que l'adultère ait été prouvé, ou même invoqué, peut douter de sa paternité et ne pas désirer, quand même il serait jugé non coupable, de se voir attribuer l'enfant. Le juge connaîtra, sur ce point, le désir des parents par les conclusions de leurs exploits, par les divers actes de la procédure et par leurs explications. Il est en effet tenu d'entendre les père et mère et, au besoin, l'autorité tutélaire (art. 156, al 1^{er}, *in fine*) ³.

50. — En même temps que l'attribution de l'enfant, se trouve réglée, *ipso jure*, l'attribution de la puissance pater-

¹ Voir l'art. 326, 2^e al. du C. C. S.

² Mais si les parents convenaient, par exemple, que l'enfant serait confié alternativement à chacun d'eux jusqu'à sa majorité, le juge ferait bien d'en disposer autrement : ce changement continuuel dans l'attribution de la puissance paternelle ne pourrait être que préjudiciable pour l'enfant.

³ Au besoin ? Par exemple, si l'un des époux est exclu de la procédure ; s'il ne peut être entendu pour une autre raison, et en outre, toutes les fois que le juge ne serait pas suffisamment éclairé sur la situation réciproque des parties et sur les garanties qu'elles peuvent offrir.

nelle : celle-ci suit celle-là. Tandis que cette puissance continue à subsister dans la personne de l'époux gardien, elle s'éteint en la personne de l'autre. Remarquons ici que le juge est tenu de confier l'enfant à l'un des père et mère. Alors même que les torts seraient réciproques et que les deux conjoints n'offriraient aucune garantie, ni morale ni d'autre nature, il doit choisir entre eux. Ce système est regrettable ; il eût été bon de prévoir qu'en pareil cas, le juge pourrait laisser la question en suspens et la renvoyer aux autorités de tutelle ; ou du moins de permettre au Tribunal de confier l'enfant à des tiers.

A cette réserve près, la solution de notre Codè est excellente. Elle serait dangereuse si l'on pouvait redouter des jugements rendus à la légère, ou craindre de la part des magistrats de l'étroitesse dans l'appréciation des faits. Ce danger n'existe pas, les questions intéressant l'ordre public étant partout jugées en dernier ressort par des collègues de juges, le plus souvent juristes de vocation, dont la sentence ne reposera pas sur des considérations étroites et mesquines.

51. — La puissance paternelle n'est pas attribuée définitivement à l'un des époux. Le juge peut, à la requête de l'un des parents, — des deux *a fortiori*, — ou à celle de l'autorité tutélaire, modifier les dispositions qu'il avait prises, en statuant sur les conséquences du divorce, s'il se produit des *faits nouveaux* tels que le mariage, le départ, la mort du père ou de la mère (art. 157).

L'énumération de l'art. 157 n'est pas limitative. Ainsi lorsque l'époux auquel le Tribunal avait confié les enfants offre moins de garanties ; lorsque le père innocent se met à boire ; quand la mère titulaire de la puissance paternelle se conduit mal ; quand l'attribution de la garde à l'autre auteur semble offrir des avantages plus grands pour l'enfant ; lorsque l'époux gardien abandonne la ville universitaire pour une résidence à la campagne ; quand le titulaire est déchu de ses droits par l'autorité compétente, enfin, dans tous ces cas le juge peut être requis de prendre des dispositions nou-

velles ; il doit être saisi de la question, il ne saurait agir d'office ¹.

Toutes les fois que se présenteront de ces faits nouveaux, le juge saisi prendra les mesures que réclame l'intérêt de l'enfant ; il pourra retirer l'enfant à l'époux gardien, si celui-ci se remarie, se conduit mal, s'en va ou meurt, pour l'attribuer à l'autre auteur ; ce dernier exercera, dès lors, seul la puissance paternelle éteinte chez le premier. Mais encore une fois, le juge ne peut pas remettre l'enfant à des tiers ; la loi ne le lui permet pas. Si les deux parents sont également incapables ou indignes d'exercer la puissance paternelle, l'autorité compétente devra prononcer la déchéance du gardien, et l'enfant sera mis sous tutelle.

52. — Si l'époux gardien meurt, l'autre auteur n'acquiert pas de plein droit la puissance paternelle et la garde de l'enfant. Une décision du juge est nécessaire ; mais ce dernier ne peut refuser l'attribution de la garde au survivant, sauf le droit de l'autorité compétente de prononcer ensuite la déchéance. Le juge en effet ne peut que choisir un gardien entre les deux auteurs divorcés.

Cette solution de notre Code me semble regrettable. Il aurait mieux valu qu'on décidât, comme l'a fait le législateur allemand, qu'en cas de mort de l'un des époux divorcés, l'autre serait investi de la pleine puissance sur l'enfant, alors même que le jugement de divorce aurait été prononcé contre lui.

53. — Celui des époux divorcés, auquel l'enfant est attribué, ne dispose plus d'une puissance aussi étendue que celle qu'exerce l'époux survivant. L'art. 156 donne au juge la faculté d'en déterminer la mesure, les limitations ne pouvant toutefois porter que sur l'exercice du droit de garde ; nous les étudierons en temps et lieu. En droit allemand, par contre, la puissance paternelle ne peut être que partielle-

¹ Les père et mère pourront aussi soumettre au juge une convention, en lui demandant de la ratifier, particulièrement quand l'un d'eux se remarie ou qu'il va quitter le pays (art. 158, ch. 5).

ment conférée à la mère divorcée ; le père conserve le droit de représenter, d'administrer, et le droit de jouissance.

D'un autre côté, l'époux divorcé qui n'a pas la garde de l'enfant n'est pas dispensé de toute obligation ; s'il perd tous ses droits, il reste tenu de certaines prestations : il doit contribuer selon ses facultés aux frais d'entretien et d'éducation de son enfant (art. 156, al. 2).

54. — Le C. C. fr. porte à l'art. 303 la disposition suivante : « Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants. »

Notre loi ne contient pas de prescription semblable ; mais l'auteur qui n'exerce pas la puissance paternelle peut, c'est évident, contrôler le gardien : si celui-ci ne s'acquitte pas de ses devoirs avec assez de diligence, l'autre peut invoquer ce « fait nouveau » et requérir du juge des mesures convenables, sans préjudice de son droit d'appeler sur la conduite du titulaire l'attention des autorités de tutelle (nos 151 et suiv.).

55. — Lors de l'introduction de l'instance en divorce, le juge rendra généralement une ordonnance de mesures provisoires, pour régler jusqu'à jugement définitif la situation réciproque des parties, et celle de l'enfant à leur égard. Il dispose pour cela de toute sa liberté d'appréciation ; il peut confier provisoirement l'enfant à l'époux qui semble offrir le plus de garanties morales, l'autre pouvant être astreint à des prestations pécuniaires, provisoires aussi. Le juge, également, peut remettre l'enfant à une tierce personne jusqu'à jugement définitif (art. 145). Mais l'attribution des enfants par ordonnance de mesures provisionnelles, pour la durée de l'instance, n'entraîne pas la perte de la puissance paternelle pour l'époux qui n'obtient pas la garde ; chez celui-ci l'exercice en sera en quelque sorte suspendu, bien que notre loi ne connaisse pas la *potestas dormiens* du Code allemand¹ ;

¹ §§ 1677 et 1678.

il ne pourra pas intervenir dans l'exercice de la puissance, ou ne le pourra que dans les limites déterminées par l'ordonnance du juge qui, s'il veut s'épargner des requêtes trop fréquentes, fera bien de régler clairement, dans son ordonnance de mesures provisoires, la situation des parties quant à l'exercice de la puissance paternelle.

56. — Les mesures provisionnelles n'étant ordonnées généralement que sur la demande de l'une des parties, ou de toutes les deux, le cas peut se présenter où faute de requête, le juge ne rend pas d'ordonnance. Alors, si l'intérêt des enfants est compromis, les autorités de tutelle doivent intervenir et prendre elles-mêmes les mesures nécessaires ; celles-ci vaudront jusqu'au jugement définitif, ou jusqu'à ce que le juge, régulièrement requis, ait statué lui-même.

57. — Si les père et mère divorcés se remarient entre eux, les deux auteurs exerceront de nouveau la puissance paternelle comme auparavant (n° 109).

IV. SÉPARATION DE CORPS.

58. — Les effets de la séparation de corps, quant au rapport des parents avec leurs enfants, sont les mêmes que ceux du divorce. Je renvoie donc à ce que j'ai dit tout à l'heure. Ici de même, le juge dispose de son entière liberté d'appréciation. La seule différence réside dans la nature de l'attribution des enfants : elle n'est que transitoire. Mais, comme en cas de divorce, la puissance paternelle s'éteint en la personne de l'auteur qui n'en a plus l'exercice, et comme dans l'éventualité précédente, le juge peut modifier les dispositions qu'il a prises si des faits nouveaux viennent à se produire (art. 156 ; 274, al. 3 ; 157).

V. NULLITÉ DE MARIAGE.

59. — L'art. 133, al. 2, statue qu'en cas de mariage déclaré nul, les droits et les obligations des parents et des enfants sont réglés comme en cas de divorce.

Donc, ce que nous avons dit de l'attribution des enfants et de l'exercice de la puissance paternelle sur les mineurs dont les parents ont divorcé, s'applique également aux enfants nés d'un mariage déclaré nul, et à ceux que cette union, quoique non valable, a légitimés.

60. — Qu'en est-il des enfants issus d'un mariage inexistant, soit d'un mariage auquel manquent l'élément de consentement ou l'observation des formes prescrites par la loi ? Le Code ne parle pas de cette espèce d'unions ; il faut décider, avec MM. Rossel et Mentha¹, qu'elles ne sauraient produire aucun effet juridique. En conséquence, les enfants qui en naissent sont purement et simplement illégitimes.

SECTION II

Filiation adoptive.

61. — L'adoption est un acte juridique créant entre deux personnes un rapport analogue à celui qui résulte de la paternité et de la filiation légitimes. Cette institution est nouvelle pour la plupart de nos cantons ; seuls Zurich, Thurgovie, Soleure, Tessin, Neuchâtel, Genève et le Jura bernois la connaissaient jusqu'à présent².

62. — Je n'ai pas à me demander dans ce travail si l'adoption est une institution compatible avec la civilisation moderne ; la question est discutable et discutée. Disons seulement que l'adoption peut se justifier dans certains cas : il

¹ Page 185 de leur Manuel.

² Manuel de MM. ROSSEL et MENTHA, Tome I, p. 22 et suiv. ; 341 et suiv.

en est ainsi quand des personnes désirent transformer en liens de droit les liens d'affection qui les unissent à un enfant qu'elles ont élevé comme s'il était le leur ; elle est admissible aussi en tant qu'elle permet de s'acquitter d'une dette de reconnaissance, ou de réparer à l'égard de certains individus les torts qu'on leur a fait subir : un père naturel, par exemple, qui ne pourrait ou ne voudrait, à cause de circonstances particulières, reconnaître son enfant, pourra conférer à ce dernier, par l'adoption, les droits d'un descendant légitime.

Mais plus fréquemment les motifs de l'adoption ne sont pas aussi respectables ; on se sert de cette institution pour modifier l'ordre normal des successions ; elle devient un instrument de vengeance ; parfois on adopte pour détourner du fisc les sommes qui lui reviendraient à défaut d'adoption (l'impôt sur les successions indirectes, par exemple), ou pour masquer une situation de fortune.

Quant à l'adoption dont le but est la survivance d'un nom, elle est, quoique respectable en soi, indigne de nos mœurs démocratiques.

63. — Le législateur suisse s'est inspiré du Code zurichois. L'adoption, que notre loi régit aux art. 264 et suiv., est à la fois plus facile que celle du droit français, et plus satisfaisante pour le sentiment et la raison. Elle se rapproche de l'institution romaine en tant qu'à l'égard de l'adoptant, l'adopté devient enfant de la maison. Mais dans le système du C. C. S., l'adopté et ses descendants n'entrent pas dans la famille de l'adoptant d'une manière absolue ; ils ne lient des rapports de droit qu'avec l'adoptant et non pas avec sa parenté.

64. — L'adoption est possible à toute personne, homme ou femme, sans descendants légitimes, âgée de quarante ans révolus, à condition que son conjoint, si elle est mariée, donne son consentement. Ainsi un interdit capable de discernement peut adopter, avec le consentement de l'autorité de surveillance. L'adoptant doit avoir fourni des soins et secours à l'adopté, ou invoquer d'autres motifs respectables ;

il doit, en outre, avoir dix-huit ans au moins de plus que l'adopté.

Deux époux peuvent adopter conjointement et, réciproquement, l'adoption conjointe ne peut être faite que par deux époux.

Pour l'adopté, il n'y a ni minimum, ni limite d'âge ; s'il est capable de discernement, il doit donner son consentement ; s'il est mineur ou interdit, ses père et mère, ou l'autorité tutélaire de surveillance, devront consentir à l'adoption.

65. — L'adoption a lieu par acte authentique, et doit être permise par l'autorité du domicile de l'adoptant, compétente selon la législation cantonale. Elle est inscrite au registre des naissances.

L'autorité compétente apprécie librement ; elle prendra en considération toutes les circonstances : existence des conditions légales, honorabilité de l'adoptant, motif de l'adoption, avantage pour l'adopté, etc., etc. ; elle ne doit pas permettre l'adoption si celle-ci devait être préjudiciable à l'enfant.

66. — La loi ne défend pas qu'une personne adopte simultanément ou successivement deux ou plusieurs individus. La naissance postérieure d'un légitime à l'adoptant n'entraîne pas la nullité de l'adoption. Celle-ci par contre peut être révoquée d'un commun accord ou par le juge (art. 269).

67. — L'adoption donne à l'adopté et à ses enfants la qualité de descendants légitimes de l'adoptant, mais elle ne crée aucun lien de parenté entre l'adopté et les parents et alliés de l'adoptant.

L'adopté et ses descendants ont envers l'adoptant le même droit de succession que les descendants légitimes de ce dernier, sans perdre cependant ceux qu'ils avaient dans leur famille naturelle (465). Par contre, l'adoptant et sa parenté n'obtiennent en vertu de l'adoption aucun droit sur la succession de l'adopté (art. 465, al. 2).

L'adopté porte le nom de famille de l'adoptant ¹, même si ce dernier est une femme ², mais il n'acquiert pas son droit de cité ³.

Enfin, les droits et les devoirs des père et mère passent à l'adoptant et s'éteignent chez les premiers. Si donc l'adopté est soumis à la puissance paternelle, celle-ci prend fin chez les titulaires naturels et passe à l'adoptant, le cas échéant, aux parents adoptifs. Si l'adopté est un mineur sous tutelle, ce n'est qu'en vertu d'une décision de l'autorité que le ou les adoptants se trouveront investis de la puissance paternelle (voir n° 113).

68. — La puissance paternelle que l'adoptant exerce sur l'adopté mineur est la même que celle qu'auraient ses père et mère ; elle ne souffre aucune restriction ; elle s'étend en principe tant sur la personne que sur les biens.

S'il n'y a qu'un seul adoptant, marié ou célibataire, il est seul investi de la puissance paternelle ; vis-à-vis de son conjoint, il aurait la situation d'un père remarié investi de la puissance sur l'enfant du premier lit. Si deux époux ont adopté conjointement, — l'adoption n'est pas nécessairement simultanée, — leur situation est celle des père et mère légitimes ; ils exercent par conséquent leur autorité en commun, de la manière que nous avons exposée dans la section première ci-dessus ⁴.

69. — Toutefois, par convention authentique antérieure à l'adoption, les parties peuvent déroger aux règles que la loi consacre en matière de successions et de droits des père et mère sur les biens des enfants ; l'on pourra convenir, par exemple, que l'adoptant n'administrera pas les biens de l'en-

¹ En droit français (art. 347), l'adopté ajoute simplement à son nom de famille celui de l'adoptant. En droit allemand (§ 1758, al. 2) l'adopté *peut* ajouter au nom de l'adoptant celui qu'il portait auparavant.

² En droit allemand (§ 1758), l'adopté porterait dans ce cas le nom de fille qu'avait la mère adoptive.

³ Le droit public des cantons peut en disposer autrement.

⁴ Lorsque les adoptants divorcent, les art. 156 et 274, al. 3, sont applicables, comme en cas de filiation légitime.

fant, qu'il n'en aura pas la jouissance, ou stipuler des garanties spéciales (art. 268). Une convention semblable n'aurait pas de valeur juridique et ne créerait pour les parties qu'une obligation morale, si elle était passée après le contrat d'adoption. Les dérogations que permet l'art. 268 étant réservées, la puissance paternelle sur la personne de l'adopté sera exercée par les parents adoptifs conformément aux dispositions du Code, sans qu'il soit permis d'y déroger en aucune manière par convention ; les parties ne pourront pas décider, par exemple, que l'adoptant ne supporterait pas les frais d'entretien et d'éducation de l'adopté, ou limiter en quelque façon que ce soit, à l'égard de ce dernier, les droits dépendant de la puissance paternelle. Une convention semblable, quelle que fût d'ailleurs sa forme, serait nulle et non avenue.

70. — L'obligation alimentaire (art. 328 et suivants) ne s'éteint pas entre l'adopté et les membres de sa famille naturelle ; elle existe réciproquement entre l'adoptant d'une part, l'adopté et ses descendants d'autre part.

SECTION III

Filiation naturelle.

71. — Ce que j'ai dit plus haut des légitimes me dispense de donner une définition de l'enfant naturel. Disons seulement que sont illégitimes tous les individus qui ne sont ni légitimes ni légitimés. La doctrine et la plupart des législations distinguent les enfants illégitimes simples et les illégitimes qualifiés, soit les incestueux et les adultérins ¹.

72. — Tandis que les rédacteurs du Code français, subissant l'influence du droit romain ² et de l'ancien droit coutumier, ne reconnaissaient pas de famille à l'enfant naturel,

¹ Les adultérins peuvent être légitimés ; les incestueux, par contre, jamais.

² Dans les législations anciennes, les illégitimes ne peuvent être soumis à la puissance paternelle parce qu'ils ne participent pas au culte domestique.

le législateur suisse, dans ce domaine aussi, a su se montrer généreux et libéral. Loin de considérer l'enfant naturel comme un paria, il s'est efforcé d'atténuer, dans la mesure du possible, les désavantages résultant de sa naissance irrégulière. Les innovations seront grandes pour la plupart des cantons.

Le cadre de ce travail ne me permet pas d'étudier en détail le système de notre loi en matière de filiation illégitime. Je veux me contenter d'en exposer brièvement les grandes lignes.

A l'égard de la mère, la filiation illégitime résulte du seul fait de la naissance; à l'égard du père, elle doit être établie par une reconnaissance volontaire ou par un jugement déclaratif de paternité. La reconnaissance peut être faite non seulement par le père, mais, si ce dernier est mort ou d'une manière permanente incapable de discernement, par le grand-père ¹ (art. 303, al. 1).

Les art. 307 à 324 règlent l'action en paternité dont jouissent la mère et l'enfant; cette action tend soit à l'allocation de prestations pécuniaires seulement, soit à la déclaration de paternité avec effets d'état civil.

Pour que le juge puisse obliger le père naturel à des prestations pécuniaires, il suffit que la filiation soit présumée. Par contre il ne pourra prononcer la déclaration de paternité, avec effets d'état civil, sur les conclusions de la partie demanderesse, que si le père présumé avait promis le mariage à la mère, ou si la cohabitation a été le résultat d'un acte criminel (viol, par ex.) ou d'un abus d'autorité. La paternité ne pourra jamais être déclarée lorsque le père était déjà marié au moment de la conception.

73. — Les enfants naturels, aussi longtemps que leur père

¹ Cette disposition doit être interprétée strictement sans doute, et l'arrière-grand-père, à défaut de ses deux descendants intermédiaires, ne pourrait reconnaître l'enfant; il en est de même pour la grand'mère paternelle. Le législateur aurait pu, ce me semble, accorder à ces deux catégories d'ascendants la faculté de reconnaître en cas d'empêchement du père.

ne les a pas reconnus, ou que sa paternité n'a pas été déclarée, portent le nom de famille de leur mère, partagent son droit de cité et font partie de la famille maternelle.

Si le père a reconnu sa paternité naturelle, ou si elle a été déclarée par le juge, l'enfant prend le nom du père et acquiert son droit de cité; il fait alors partie à la fois de la famille maternelle et de celle de son père.

La situation de l'enfant naturel dans la famille de sa mère, le cas échéant dans celle de son père, est sensiblement la même que celle d'un enfant légitime. Les obligations de la mère, éventuellement du père, sont les mêmes que si l'enfant était né dans le mariage; mais il n'en est pas de même de leurs droits, comme nous le verrons tout à l'heure. En outre, les droits successoraux résultant de la filiation naturelle sont dans certains cas inférieurs à ceux des enfants légitimes (art. 461).

74. — Le droit des pays de coutumes, comme le droit romain, n'admettait aucune puissance paternelle des parents naturels sur leurs enfants ¹.

En droit français ², les seules prérogatives reconnues expressément aux parents illégitimes sont le droit de consentir au mariage et le droit de correction. Mais la doctrine admet que le Code leur concède implicitement la puissance paternelle. En effet, le droit de correction présuppose le droit d'éducation qui ne va pas sans le droit de garde. Mais cette puissance est moins riche en attributs que celle qu'exercent les parents légitimes. Ainsi les droits de jouissance et d'administration légale n'appartiennent pas aux auteurs naturels ³.

En principe le père a la même prépondérance dans l'exercice de la puissance paternelle que s'il était légitime; mais comme en général les auteurs naturels vivent séparés, les

¹ Dans les législations antiques, la puissance paternelle ne peut s'étendre que sur les enfants qui participent au culte domestique, donc sur les enfants nés du mariage.

² Art. 148, 149, 158, 159, 383.

³ PLANIOL, I, p. 528 et suiv.; FUZIER-HERMANN, I, p. 482.

uges décideront, s'il y a conflit, en se déterminant d'après l'intérêt de l'enfant, à qui du père ou de la mère d'un enfant naturel reconnu doit être confiée la garde de l'enfant. Les tribunaux peuvent, pour l'avantage des mineurs, les confier à la mère, lui transférer les droits du père, modifier le droit d'éducation, notamment, charger de celle-ci une tierce personne. M. Fuzier-Hermann admet que, contrairement au principe qui fait règle en matière de filiation légitime, la garde et l'éducation des enfants naturels peuvent être l'objet de conventions particulières entre père et mère, ou entre ceux-ci et des tiers, ces conventions devant être maintenues dès que les tribunaux ont reconnu qu'elles ne compromettent pas l'intérêt de l'enfant.

D'après le B. G. B., l'enfant naturel ne peut pas être soumis à la puissance paternelle. La mère a seulement le droit et le devoir de prendre soin de sa personne : elle a donc le droit d'élever, le droit d'éducation et le droit de garde, et par voie de conséquence, le droit de correction. Mais elle ne représente pas son enfant. L'enfant illégitime est donc toujours sous tutelle (§ 1773). La mère peut être tutrice, mais elle n'a aucun droit à la tutelle ; tout dépend de la confiance qu'elle inspire à l'autorité.

75. — En droit civil suisse, la mère, éventuellement les deux parents, ont à supporter les frais d'entretien et d'éducation, comme si l'enfant était légitime, mais ils ne sont pas de plein droit investis de la puissance paternelle. Les art. 324 et 325 disposent que l'autorité tutélaire *peut* conférer la puissance paternelle à la mère, quand la paternité n'est pas reconnue ou déclarée, à l'un ou à l'autre des parents dans le cas contraire, à condition toutefois que ceux-ci soient capables de l'exercer¹. Une fille mineure ne peut en aucun cas obtenir la puissance sur son enfant, pas plus que le père interdit. La mère illégitime majeure est donc toujours capa-

¹ La mère légitime est toujours capable, étant toujours majeure ; il n'en est pas de même en droit allemand.

ble d'obtenir la puissance paternelle; le père ne l'est que s'il a reconnu son enfant ou si sa paternité a été déclarée.

75^{bis}. *Art. 311, 1^{er} al. L'autorité tutélaire nomme un curateur chargé de veiller aux intérêts de l'enfant naturel, dès qu'elle est informée de la naissance ou dès que la mère lui a donné avis de la grossesse.* Le curateur doit, dès sa nomination, défendre au mieux les intérêts de l'enfant; il prendra les mesures nécessaires pour sauvegarder les droits successoraux éventuels qu'il peut avoir¹; il introduira, avec l'autorisation de l'autorité, l'action en paternité, demandera des mesures provisionnelles, etc.; en un mot, il prendra, pour le plus grand bien de l'enfant, toutes les mesures que commandent les circonstances (art. 311, al. 2).

76. — La première remarque qui s'impose est la suivante: même si la paternité naturelle est reconnue ou déclarée; même si les père et mère illégitimes vivent en ménage commun, la puissance paternelle ne peut appartenir qu'à l'un d'eux; jamais elle ne peut être exercée conjointement. Le Code (art. 325, al. 3; 327; 311, al. 2) parle des père *ou* mère; cette opposition est formelle et voulue; pratiquement elle se justifie: le plus souvent, en effet, les père et mère naturels vivent séparément, et alors, comme en cas de divorce, il est nécessaire que l'enfant soit soumis à l'autorité d'une seule personne. Cependant les auteurs illégitimes peuvent vivre en commun: c'est alors une simple communauté de fait.

On a fait remarquer que le législateur suisse, en édictant des règles si libérales en matière de filiation illégitime, faciliterait d'une manière exagérée la propagation de l'union libre. L'homme et la femme qui, sans avoir passé par devant l'officier d'état-civil, vivent en ménage commun, peuvent, en reconnaissant leurs enfants, éviter à ceux-ci tout désavantage. En fait la condition de cette communauté libre, sera, à peu de chose près, celle d'une famille fondée réguliè-

¹ Art. 544, 393, ch. 3.

rement. Il n'est presque pas nécessaire de dire que l'union libre est en soi tout aussi respectable et morale que le mariage légal ; que seules des considérations d'ordre économique et social peuvent déterminer les législateurs à favoriser le second plus que la première. Théoriquement, par conséquent, rien ne s'opposerait plus chez nous à l'assimilation complète de l'union libre au mariage régulier, au point de vue de l'autorité des parents sur l'enfant ; le Code aurait dès lors pu prévoir sans danger que dans certains cas de filiation illégitime la puissance paternelle pourrait être attribuée à la fois au père et à la mère.

Il ne l'a pas fait, mais il ne peut en résulter aucun inconvénient. Non seulement l'union libre, morale et durable, risque d'être rarissime chez nous ; mais encore, si d'aventure elle se présentait, la concorde qu'elle suppose aurait pour conséquence, en fait, l'exercice de la puissance en commun. L'accord venant à disparaître entre les père et mère, l'union ne manquerait pas de prendre fin bientôt.

77. — L'art. 309, al. 3, statue : *Les prestations pécuniaires dues à l'enfant qui suit la condition du père sont remplacées par l'acquittement des obligations dérivant de la puissance paternelle.* Le sens de cet article est le suivant : lorsque le père qui a reconnu son enfant naturel, ou dont la paternité a été déclarée, n'exerce pas la puissance paternelle, il n'en est pas moins tenu de subvenir aux frais d'entretien, d'éducation, d'instruction professionnelle, comme si l'enfant était légitime. Il doit supporter toutes les charges de la puissance paternelle, sans en avoir les droits. Dès lors, il ne représente pas, ne décide pas, n'intervient en aucune manière dans l'exercice de la puissance. Il en est ainsi, que l'enfant ait été placé sous la puissance de sa mère ou qu'on l'ait mis sous tutelle. Il est bien entendu que si l'autorité tutélaire a conféré au père la puissance sur l'enfant, il en exerce les droits en même temps qu'il doit en remplir les obligations.

78. — L'autorité tutélaire jouit de la plus entière liberté en matière de délation de la puissance paternelle au père ou

à la mère illégitimes ; elle apprécie librement les faits ; seul le bien-être moral, intellectuel et matériel de l'enfant doit entrer en ligne de compte. Elle prendra en considération la personnalité de la mère, — cas échéant du père, — leur réputation, le milieu dans lequel ils vivent, leur situation financière et leur position sociale, les garanties morales que l'un et l'autre peuvent offrir. L'autorité tutélaire, ou bien, en plaçant le mineur sous tutelle, refusera la puissance paternelle à la mère et au père, ou bien l'accordera à l'un des deux auteurs, si elle juge cette mesure avantageuse pour l'enfant. Les père et mère naturels n'ont aucun droit à la puissance sur l'enfant ; l'autorité tutélaire décide souverainement.

Généralement, c'est la mère qui soigne et entretient les enfants naturels ; il est très rare que ces derniers habitent la maison paternelle. Le père, malheureusement, ne demande pas mieux, dans le plus grand nombre des cas, que de se décharger sur la mère des devoirs que la nature lui impose. Voudrait-il d'ailleurs se consacrer à l'éducation de l'enfant illégitime, que les conventions sociales et le souci de sa réputation l'en empêchent. Le plus souvent, par conséquent, quand il y aura délation de la puissance paternelle sur un illégitime, c'est la mère qui sera investie. Il est préférable évidemment que l'enfant soit élevé par sa mère ou son père, et l'autorité tutélaire fera bien de remettre l'enfant à celui des auteurs qui se propose de le garder auprès de lui. Cette règle toutefois ne doit pas être absolue. Même si le père manifestait l'intention de ne pas élever l'enfant lui-même, mais de le confier à des tiers, l'autorité tutélaire devrait lui conférer la puissance paternelle, si cette mesure semblait favorable à l'enfant, notamment en ce qui concerne son développement intellectuel et moral (le père, par exemple, se propose de placer l'enfant dans un bon pensionnat). D'une manière générale donc, les considérations qui doivent guider l'autorité tutélaire en matière de délation de la puissance au père ou à la mère illégitimes, sont celles qui

détermineront le juge statuant sur l'attribution des enfants ensuite d'un divorce.

79. — La décision de l'autorité tutélaire n'est pas irrévocable. Après avoir remplacé le curateur par un tuteur, elle pourra revenir sur les dispositions qu'elle avait prises et confier la puissance paternelle à la mère, ou au père, si elle estime que cette mesure est avantageuse pour l'enfant.

De même elle peut retirer en tout temps la puissance à l'auteur qui l'exerce pour la transmettre à l'autre. Elle peut décider que l'un des père et mère serait investi pendant un temps déterminé, à l'échéance duquel l'autre en prendrait l'exercice. Cela résulte de l'art. 326, al. 2; elle peut disposer, par exemple, que la mère détiendra la puissance paternelle jusqu'à ce que l'enfant ait atteint dix ans, et que le père sera titulaire à partir de ce moment; ou que la mère serait investie jusqu'à son mariage, etc.

Mais il est bien évident qu'une décision semblable est précaire, puisque les autorités de tutelle conservent néanmoins le droit d'intervenir et de prendre des dispositions nouvelles.

80. — Si l'autorité tutélaire estime que l'enfant doit être soustrait à la puissance paternelle, et placé sous tutelle, peut-elle, sans passer par la procédure en déchéance, lui nommer un tuteur? La question n'est pas facile à résoudre. Il semble que l'autorité tutélaire peut retirer la puissance puisqu'il ne dépend que de son appréciation de la conférer. Dans le doute, il vaut mieux décider que, pour éteindre la puissance, il faut, même si l'enfant est naturel, recourir à la déchéance. Quand l'autorité tutélaire ne sera pas compétente pour la prononcer, elle engagera la procédure devant l'organe désigné par la législation cantonale (voir n° 171).

81. — Les règles que nous venons de voir s'appliquent également à tous les cas de filiation naturelle, qu'il s'agisse d'illégitimes simples, d'adultérins ou d'incestueux; que les parents soient célibataires ou non.

Rien ne s'oppose juridiquement, à ce que la femme mariée

soit investie de la puissance paternelle sur l'enfant naturel né avant son mariage ; rien ne s'oppose non plus à ce qu'elle l'exerce sur l'enfant adultérin désavoué ; on pourrait de même la déléguer au père ou à la mère d'un enfant incestueux. Mais dans toutes ces éventualités, il est fort probable que l'autorité tutélaire jugera plus à propos de nommer un tuteur. Il serait choquant de voir une femme exercer l'autorité paternelle sur l'enfant qu'elle a de son frère. La paix conjugale serait compromise si la mère de famille gardait auprès d'elle l'enfant que son mari vient de désavouer ; lui conférer la puissance paternelle serait méconnaître l'intérêt de la famille comme celui de l'enfant. Mais dans cette dernière hypothèse, l'autorité tutélaire pourra sans danger confier la puissance paternelle à la mère dès que le mariage aura pris fin. Je dis « à la mère ». En effet : le père d'un enfant incestueux ou adultérin ne peut jamais exercer la puissance paternelle, puisqu'il ne peut reconnaître sa progéniture, et qu'*a fortiori*, sa paternité ne peut être déclarée.

82. — La puissance paternelle que l'autorité tutélaire confère à l'un des auteurs illégitimes n'est pas d'ailleurs pleine et entière ; elle ne s'exerce en principe que sur la personne de l'enfant, et dans cette direction l'autorité du père ou de la mère ne souffre que la restriction de l'art. 326 que nous verrons en parlant du droit de garde.

Quant aux droits du titulaire sur les biens que peut posséder l'enfant, ils ne sont pas le complément nécessaire de la puissance sur la personne ; l'art. 327 statue : *Lorsque l'autorité tutélaire confère la puissance paternelle au père ou à la mère, elle détermine en même temps leurs droits sur les biens de l'enfant.*

83. — Le C. C. S. ne reconnaît pas à celui des père et mère illégitimes, qui n'est pas investi de la puissance paternelle, le droit d'en surveiller l'exercice par l'autre parent. En France, ce droit existe. Chez nous, il est évident que tout intéressé, en premier lieu l'un des auteurs, peut signaler

aux autorités de tutelle toute négligence dans l'exercice de la puissance paternelle. Celles-ci sont alors tenues d'examiner le cas et d'intervenir s'il y a lieu.

DEUXIÈME PARTIE

De la puissance paternelle sur des personnes majeures.

84. — Le 2^e alinéa de l'art. 273 est de la teneur suivante : *Les enfants interdits sont également soumis à la puissance paternelle, à moins que l'autorité compétente ¹ ne juge à propos de leur nommer un tuteur ².*

D'autre part, l'art. 385, al. 3, statue : *Les enfants majeurs interdits sont, dans la règle, placés sous puissance paternelle au lieu d'être mis sous tutelle.*

C'est là une innovation pour plusieurs cantons et en même temps une originalité de notre loi ; la plupart des législations étrangères n'ont pas d'institution semblable ³.

Je préfère le système du droit commun, qui est également celui de la plus récente des grandes lois civiles, du Code de l'Empire allemand, système suivant lequel la puissance paternelle prend fin définitivement à la majorité.

On peut dire, c'est vrai, que dans certains cas il est indifférent, somme toute, que le majeur interdit soit placé sous

¹ Les cantons désignent les autorités (administratives ou judiciaires) *compétentes* pour prononcer l'interdiction, et déterminent la procédure à suivre.

² Cet alinéa de l'art. 273 est incohérent : l'autorité compétente pour prononcer l'interdiction n'a pas à nommer un tuteur, puisqu'en vertu de l'art. 379, c'est l'autorité tutélaire qui pourvoit à cette nomination. L'autorité compétente au sens de l'art. 273, al. 2, doit prononcer s'il y a lieu d'organiser une tutelle, et c'est à l'autorité tutélaire de nommer le tuteur. Dans les cantons où l'autorité tutélaire prononce elle-même l'interdiction — comme c'est le cas à Neuchâtel — ce sera bien l'autorité compétente de l'art. 273 qui nommera le tuteur, mais il n'en sera pas ainsi partout.

³ La puissance paternelle sur les majeurs est admise en Autriche ; la prorogation a lieu par décision de justice pour cause d'incapacité, de prodigalité ou d'inconduite de l'enfant.

tutelle ou qu'il soit soumis à la puissance paternelle. Mais cette solution ne saurait convenir à toutes les éventualités, et je reproche à notre loi, en tout premier lieu, d'avoir donné à la règle de l'art. 273, al. 2, une portée beaucoup trop générale ; il aurait fallu la restreindre expressément aux seuls cas dans lesquels elle est admissible, et spécifier ceux-ci d'une manière précise.

85. — Des dispositions que nous venons de voir, il résulte, qu'en principe, l'interdit, homme ou femme, dont les père et mère, ou l'un d'eux, vivent encore, est soumis à la puissance paternelle de ces derniers, dès le moment de l'interdiction, sans que l'autorité compétente ait à procéder à une délation formelle ; l'interdiction emporte délation de la puissance paternelle. Mais l'autorité compétente peut empêcher ce résultat en décidant que l'enfant serait placé sous tutelle.

86. — En principe, le ou les parents acquièrent la puissance paternelle même s'ils ne jouissent pas eux-mêmes de la capacité civile ; comme nous le verrons, l'interdiction est une cause de déchéance, non pas d'extinction. Il est évident que dans un cas semblable, l'autorité prononcera la mise sous tutelle.

D'autre part, que les père et mère soient vivants tous deux ou qu'un seul survive, que le survivant soit remarié ou non, la puissance leur est acquise ; il en est ainsi même si les père et mère, ou l'un d'eux, avaient été précédemment déchus, à condition que la déchéance ne déploie plus ses effets au moment de l'interdiction. — lorsque, par exemple, tous les enfants sont devenus majeurs. Si, par contre, les père et mère déchus ont encore des enfants qui seraient soumis à leur puissance normalement, les effets de la déchéance persistent et l'acquisition ne se produit pas.

Qu'en sera-t-il lorsque les parents, vivants tous deux, ont divorcé ou sont séparés de corps ? Le législateur ne semble pas avoir prévu ce cas et les textes ne permettent pas de le résoudre. Il est contraire au système de notre loi que la puissance paternelle appartienne aux deux auteurs divorcés

ou séparés. Si le divorce a été prononcé déjà durant la minorité de l'enfant, on pourrait dire que la puissance est acquise à celui qui l'exerçait au moment de l'extinction par majorité. Mais le divorce peut avoir été prononcé plus tard. Il vaut mieux admettre, dans le silence de la loi, que les deux auteurs se trouvent investis simultanément; en cas de contestation, il appartient au juge compétent pour connaître du divorce, de statuer sur l'attribution de l'interdit. Dans des cas semblables d'ailleurs, c'est la mise sous tutelle qui paraît être la seule solution satisfaisante.

87. — Ainsi, d'après la lettre de l'art. 273, al. 2, la délation de la puissance paternelle est le cas normal, la mise sous tutelle l'exception ¹. Ce système est fâcheux. Le législateur aurait été bien mieux inspiré en adoptant la solution contraire, en disant donc : L'autorité compétente peut, si elle le juge à propos, soumettre à la puissance paternelle les enfants interdits. Par là, toutes les difficultés que nous venons de signaler auraient été évitées.

88. — J'ai dit tout à l'heure que la mise sous puissance paternelle des enfants interdits n'était pas admissible dans tous les cas. En effet, si elle peut se justifier quand l'interdit est célibataire, et surtout quand l'interdiction suit immédiatement la majorité, il n'en est plus ainsi lorsque l'incapable est marié. De même, il répugne au sentiment, quoique le rôle d'un tuteur et celui des titulaires de la puissance paternelle ne soient guère différents, de soumettre à cette dernière un interdit d'âge mûr, surtout s'il est du sexe masculin. En tous cas, le législateur aurait agi sagement en limitant la mise sous puissance au cas où l'interdit est célibataire.

89. — L'autorité qui prononce l'interdiction saura, cela va sans dire, prendre en considération toutes les circonstances particulières; elle tiendra compte surtout de la personnalité

¹ Comp. le rapport de M. Hoffmann au Conseil des États, *Bull. stén.*, tome XV, p. 1177 et s.

des parents, de leurs qualités morales et intellectuelles. Si elle estime qu'une tutelle vaudrait mieux dans l'intérêt de l'enfant, elle n'hésitera pas à en prescrire l'institution. L'autorité tutélaire pourra confier la tutelle au père de l'interdit, — qui est tenu de l'accepter — ou à son défaut l'offrir à la mère. Si l'enfant est marié, il est désirable — et c'est ainsi qu'elle fera, je pense — que l'autorité compétente se décide toujours pour la tutelle. Dans ce cas, l'autorité tutélaire appellera de préférence à la charge de tuteur le conjoint qui, si c'est le mari, ne pourra la refuser.

90 — L'étendue de la puissance paternelle sur les enfants interdits est, en principe, identique à celle qui s'exerce sur les mineurs ; elle s'étend également à la personne et aux biens¹. Mais il est évident que dans la règle, de par la nature des choses, la portée de cette puissance sera bien réduite ; en général il n'y aura plus besoin d'élever l'enfant, ni de pourvoir à son instruction ; les droits les plus importants seront ceux qu'exercerait un tuteur, le droit de représenter l'enfant et d'administrer ses biens, et celui de fixer sa résidence ; mais les titulaires de la puissance paternelle auront en outre le droit de jouissance.

91. — Quant à son exercice aussi, la puissance paternelle sur les interdits est identique à celle sur les mineurs. En particulier, les père et mère, si tous deux vivent, l'exercent en commun ; en cas de divorce ou de séparation postérieurs à l'interdiction, l'attribution de l'enfant se fera comme s'il était mineur.

92. — Si l'enfant interdit a simultanément ses père et mère et des parents adoptifs, c'est à ces derniers que doit appartenir la puissance paternelle. La parenté adoptive en matière de puissance paternelle prime la filiation légitime.

93. — Quant aux enfants naturels interdits, l'art. 273, al. 2, ne les vise pas. Rien n'empêche par contre qu'ils soient sou-

¹ L'art. 290 ne limite pas le droit des père et mère aux biens de l'enfant mineur.

mis, eux aussi, à la puissance de leur père *ou* de leur mère. Mais pour que l'un de ces derniers en obtienne l'exercice, il faudra, contrairement à ce que j'ai dit des interdits légitimes, une décision de l'autorité. Les auteurs naturels, qui ne peuvent acquérir de plein droit la puissance sur leurs enfants mineurs, ne pourront l'acquérir de cette façon sur l'interdit. Il est d'ailleurs probable que l'autorité ne soumettra que rarement à la puissance paternelle l'enfant illégitime interdit, mais qu'elle trouvera plus convenable d'organiser une tutelle ¹.

¹ Est-ce à l'autorité compétente pour prononcer l'interdiction, ou à l'autorité tutélaire qu'il appartient de statuer sur ce point ? A comparer les art. 273, al. 2 du Code, et 54 du Titre Final ; avec les art. 324, al. 3, et 325, al. 3, l'on reste dans le doute. Il me semble préférable d'attribuer cette compétence à l'autorité que prévoit la première de ces dispositions.

CHAPITRE III

Acquisition et fin de la puissance paternelle.

94. — A diverses reprises déjà, au cours de cette étude, j'ai dû effleurer le sujet présent, et parler de la naissance de l'autorité paternelle et de son extinction. Je veux ici donner un aperçu systématique de la question ; je m'efforcerai de déterminer au mieux le moment précis où se produisent ces événements.

La naissance de la puissance paternelle, — comme d'ailleurs son extinction, — a lieu de deux manières : de plein droit ou par décision de l'autorité.

PREMIÈRE PARTIE

Acquisition de la puissance paternelle.

95. — Les causes en vertu desquelles la puissance paternelle est acquise sont, en droit suisse, les suivantes : 1. la naissance légitime ; — 2. la légitimation ; — 3. la majorité des père et mère ; — 4. l'adoption ; — 5. la fin de l'adoption ; — 6. le remariage des parents ; — 7. la fin de la séparation de

corps ; — 8. l'interdiction ; — 9. la main levée de la tutelle ; — 10. la décision du juge ; — 11. la décision de l'autorité tutélaire ; — 12. la décision de l'autorité compétente en matière de déchéance.

SECTION I

Acquisition de plein droit.

§ 1. Naissance légitime.

96. — La puissance paternelle est acquise de plein droit aux père et mère de l'enfant né légitime, — c'est-à-dire né pendant le mariage ou dans les trois cents jours de sa dissolution, — au moment de la naissance accomplie, à l'instant donc où l'enfant acquiert la personnalité ¹ (art. 31). Lorsque l'enfant naît après la mort de son père, la mère seule se trouve investie de la puissance paternelle.

Mais l'acquisition ne se produit pas en la personne de l'auteur qui, lors de la naissance d'un enfant légitime, se trouve déchu de la puissance paternelle (art. 285, 3^e alinéa).

96^{bis}. — Si avant la naissance, les père et mère divorcent, sont séparés de corps, ou si leur mariage est déclaré nul, la puissance paternelle commence, avec la venue au monde,

¹ Peut-on parler de puissance paternelle sur un enfant conçu ? Au premier abord la question paraît absurde. Il n'en est pas moins vrai que les droits de l'enfant conçu doivent dans certains cas être protégés ; il en est ainsi plus spécialement de ses droits successoraux éventuels que ses parents doivent sauvegarder. L'art. 393 prévoit, c'est vrai, la nomination d'un curateur ; mais cette règle ne vaut que si les droits de l'enfant sont en danger ; il n'y aura pas lieu à l'institution d'une curatelle quand les père et mère sont en mesure de défendre ses intérêts. Le mari, par exemple, décède ; l'enfant se trouve investi, à condition qu'il naisse viable, et la mère doit intervenir pour sauvegarder ses droits ; si elle ne le fait pas, qu'elle ne le veuille ou qu'elle ne le puisse, il y aura lieu à curatelle.

De même les père et mère ont le devoir de ne rien négliger pour assurer au fœtus un développement normal. Ce n'est pas encore, je le veux bien, une apparition de la puissance paternelle proprement dite ; cependant, certaines obligations de cette puissance existent déjà au profit de l'enfant conçu.

chez celui des auteurs auquel le jugement définitif aura conféré la garde de l'enfant à naître. Si des conclusions n'ont pas été prises dans ce but, et si, par conséquent le juge n'a pas statué sur l'attribution, ou si l'accouchement se produit en cours d'instance, la puissance paternelle, c'est la seule solution possible, est acquise aux deux parents ; le juge devra statuer ensuite conformément à l'art. 157.

97. — Si l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage, est jugé légitime (art. 252, al. 2), l'acquisition se produira selon les règles que nous venons d'établir, donc de plein droit, au moment où le jugement sera devenu exécutoire.

98. — La déclaration de mort et la déclaration d'absence, nous le verrons, emportent extinction de la puissance paternelle ; le Code suisse n'a pas prévu le cas où le détenteur de la puissance, déclaré mort ou absent, vient à reparaitre. En droit allemand, le père acquiert à nouveau la puissance en déclarant au Tribunal des Tutelles sa volonté de l'exercer¹. Chez nous, si l'enfant mineur n'est pas sous tutelle, l'absent est demeuré investi, la déclaration étant, sur ce point, nulle et non avenue ; si, au contraire, l'enfant a reçu un tuteur, l'autorité tutélaire devra préalablement prononcer la main levée de la tutelle, et dès cet instant, *ipso jure*, l'acquisition se produira en la personne de l'ayant droit.

§ 2. Légitimation.

99. — C'est également de plein droit que la puissance paternelle est acquise aux père et mère qui légitiment leur enfant, à condition toutefois que celui-ci n'ait pas encore été mis sous tutelle (voir n° 113 ci-dessous). Elle prend naissance au moment où la légitimation emporte ses effets, par conséquent dès la célébration, si elle a lieu par mariage subséquent, dès que le jugement est définitif, si elle a lieu

¹ B. G. B., § 1679, al. 2.

par autorité de justice ; dans ce dernier cas, si l'un des parents est mort, c'est le survivant qui se trouve investi.

100. — Mais si, en cas de légitimation par autorité de justice, les père et mère vivent tous deux, la question est plus complexe. L'acquisition se produit-elle chez l'un et l'autre ? Le juge ne peut légitimer (art. 260), que si l'un des fiancés, *a fortiori* tous deux, ont perdu la capacité requise pour contracter mariage. L'art. 274, al. 1^{er}, ne peut strictement être appliqué ici, puisqu'il n'y a pas union conjugale. Que faut-il décider dans le silence de la loi ? Par analogie, certainement que tous deux acquièrent la puissance paternelle ; mais l'autorité compétente devra prononcer la déchéance (art. 285, 1^{er} al.) de l'auteur incapable ; l'autre alors reste seul titulaire. Si tous deux sont incapables, ils devront être déclarés déchus l'un et l'autre et l'organisation d'une tutelle s'imposera.

101. — Il se peut que, postérieurement à la légitimation par autorité de justice, la partie empêchée précédemment recouvre la capacité de contracter mariage. Dans ce cas, si les auteurs se marient, la puissance paternelle continuera à leur appartenir à tous deux, pour autant que ni l'un ni l'autre n'aurait encouru la déchéance ; mais il faudra une réintégration par l'autorité compétente¹, si l'un ou tous deux, avaient été déclarés déchus selon l'art. 285. Quand, malgré la disparition de l'empêchement, les parents ne se marient pas, l'auteur investi jusqu'à ce moment conservera l'exercice de la puissance et l'autorité compétente agira sagement en ne prononçant pas la réintégration de l'autre. En cas de conflit, les père et mère s'adresseront au juge qui se prononcera sur l'attribution de l'enfant selon le principe de l'art. 156, invoqué par analogie. La puissance paternelle alors appartiendra au gardien de l'enfant.

102. — Mais, lorsqu'à l'époque de la légitimation, qu'elle ait lieu par mariage subséquent ou par autorité de justice,

¹ Voir n° 119, ci-dessous.

l'enfant se trouve placé sous tutelle, l'acquisition ne se produit pas de plein droit à l'instant de la légitimation ; la main levée de la tutelle sera nécessaire. Je renvoie, sur ce point, au n° 113 ci-dessous.

103. — En aucun cas, la puissance paternelle ne peut être acquise à celui des père et mère qui ne serait pas majeur au moment de la légitimation par autorité de justice.

104. — Si l'une des personnes qui légitiment un enfant n'est pas l'un de ses auteurs (je pense aux cas de légitimation par complaisance ou par erreur), la puissance paternelle ne peut théoriquement lui être acquise. En fait, grâce à la présomption de vérité, une légitimation, même mensongère, emporte effet jusqu'au moment où le juge viendrait à en prononcer la nullité.

§ 3. Majorité des père et mère.

105. — Ce mode d'acquisition ne peut se présenter que dans une seule éventualité : lorsque l'un des auteurs de l'enfant légitimé par autorité de justice n'est pas majeur au moment de la légitimation, il acquiert la puissance paternelle quand lui-même atteint l'âge de vingt ans, à condition qu'à cette époque, l'enfant ne se trouve pas sous tutelle.

§ 4. Adoption.

106. — L'adoption, dès qu'elle est définitive, provoque de plein droit en la personne de l'adoptant l'acquisition de la puissance paternelle sur l'adopté, à condition qu'à ce moment, ce dernier soit soumis à la puissance de ses père et mère.

107. — Si au contraire, l'adopté se trouve sous tutelle au moment de l'adoption, à cause du décès de ses père et mère, de leur déchéance, ou de la décision du juge en cas d'interdiction, l'adoptant n'acquiert pas, au moment de l'adoption, la puissance paternelle ; elle ne lui sera acquise qu'avec la

main levée de la tutelle que prononcera l'autorité (voir n° 113). En effet, et cette remarque s'applique également aux cas de légitimation, la tutelle ne prend fin, *ipso jure*, que par la majorité ou par l'émancipation. Dans tous les autres cas (art. 433), il faut une décision de l'autorité compétente désignée par les cantons. Celle-ci devra se borner à prononcer la main levée de la tutelle ; puisqu'à l'égard de l'adoptant il n'y a pas eu déchéance, il ne saurait y avoir non plus réintégration ; *ipso jure* alors, l'adoptant se trouvera investi.

§ 5. Fin de l'adoption.

108. — C'est également de plein droit que l'acquisition de la puissance paternelle se produit au profit des père et mère, si l'enfant est soumis à la puissance de ses parents adoptifs, au moment où l'adoption est définitivement révoquée ; il est indifférent que cette révocation soit le résultat d'un jugement ou qu'elle intervienne d'un commun accord (art. 269). L'acquisition se produit de même à la mort de l'adoptant ou du survivant des parents adoptifs : *cessante causa, cessat effectus*.

§ 6. Remariage des parents.

109. — Quand les époux divorcés se remarient entre eux, celui des père et mère auquel les enfants n'étaient pas attribués au moment du retour à la vie conjugale, acquiert de nouveau de plein droit la puissance paternelle sur eux à l'instant de la célébration.

§ 7. Fin de la séparation de corps.

110. — L'expiration du délai fixé pour la séparation de corps emporte de plein droit acquisition de la puissance paternelle au profit de l'époux qui en avait été privé lors de la séparation (147, al. 2).

§ 8. Interdiction.

111. — De l'art. 273, 2^e al., il résulte que l'enfant majeur interdit est soumis à la puissance paternelle de ses père et mère à moins que l'autorité compétente ne juge à propos de le placer sous tutelle. De la lettre de cette disposition, il faut déduire que l'acquisition se produit de plein droit, mais que l'autorité chargée de prononcer l'interdiction peut l'empêcher en ordonnant la nomination d'un tuteur.

112. — J'ai déjà montré, à la fin du chapitre précédent, les inconvénients de ce système ; je n'y reviendrai pas. Je remarque seulement que la procédure en interdiction peut être engagée, au besoin, avant que l'enfant soit devenu majeur ; il en sera ainsi lorsqu'il est atteint d'une maladie mentale durant sa minorité déjà. Quoi qu'il en soit, la puissance paternelle s'éteint au moment de la majorité ; la décision de l'autorité fait naître une puissance nouvelle.

§ 9. Main levée de la tutelle.

113. — Je viens de parler à plusieurs reprises de main levée de la tutelle ; notre Code ne connaît pas le terme, il ne connaît pas davantage l'institution. C'est une lacune qu'il appartient à la doctrine de combler. Il peut en effet se présenter des cas où l'autorité pourvoit à l'organisation d'une tutelle, sans qu'à l'égard des personnes qui devraient être investies de la puissance paternelle, la déchéance ait été prononcée. Il en est ainsi tout particulièrement, quand l'adopté, ou le légitimé, se trouvent sous tutelle au moment de l'adoption ou de la légitimation ; il en est de même quand l'absent, ou celui dont on a déclaré la mort, viennent à reparaitre durant la minorité de l'enfant. Dans tous ces cas, les auteurs qui légitiment, l'adoptant, celui qui reparait, devraient être investis de la puissance paternelle, puisqu'ils n'en ont pas encouru la déchéance. Mais, d'une part, la

tutelle et la puissance paternelle ne peuvent pas coexister ; d'autre part, la tutelle des mineurs ne prend fin que par la majorité, l'émancipation (art. 431), ou la réintégration de l'art. 287. L'art. 433 qui prévoit l'extinction de la tutelle par décision de l'autorité, n'est applicable qu'en cas d'interdiction. Or, dans les cas que nous venons de voir, il ne peut être question de réintégration puisqu'il n'y a pas eu déchéance. Il faut donc admettre, en invoquant par analogie les art. 287, 433 et 434, que l'autorité compétente devra prononcer, non pas l'attribution de la puissance paternelle aux adoptants, aux père et mère légitimant, etc., mais simplement la *main levée de la tutelle*. Alors, l'obstacle ayant disparu, la puissance paternelle, *ipso jure*, naîtra en la personne de l'ayant droit.

114. — Si l'enfant, ou l'adopté, est un majeur interdit, l'acquisition de la puissance paternelle ne se produira qu'avec la main levée de la tutelle prononcée par l'autorité compétente selon l'art. 273, al. 2.

Dans les autres cas, s'agissant donc d'un mineur, quelle sera l'autorité compétente si les législations cantonales ne l'ont pas désignée ? Le plus simple serait d'investir l'autorité tutélaire de cette fonction. Les cantons, cela va sans dire, restent libres d'en décider autrement.

115. — Le droit des cantons déterminera également si l'autorité compétente doit prononcer la main levée d'office ou seulement à la requête des intéressés. En tout cas, cette main levée ne peut être refusée puisque l'ayant droit n'a pas encouru de déchéance. Le recours au Tribunal fédéral demeure réservé (art. 288 et 434).

SECTION II

Délation par l'autorité.

116. — Jusqu'à présent j'ai parlé de l'acquisition de plein droit, celle-ci n'étant que la conséquence juridique et néces-

saire d'un événement donné. Nous étudierons maintenant l'acquisition par voie d'autorité ; l'activité des organes publics, dans les cas que nous allons voir, a pour but unique et direct l'investiture de personnes qui ne sont pas appelées de droit à l'exercice de la puissance paternelle.

§ 1. Autorités judiciaires.

117. — Après avoir statué, relativement à l'attribution des enfants sur les effets du divorce, de la séparation de corps ou de la nullité, le juge, art. 157, peut revenir sur sa décision première, comme je l'ai dit au n° 51. En particulier, par un nouveau jugement, il peut attribuer l'enfant à celui des père et mère qui ne l'avait pas jusqu'à ce moment. Ce dernier alors acquiert une puissance nouvelle, car on ne peut l'envisager comme une renaissance ou une continuation de l'ancienne : notre Code ne connaît pas la suspension de la puissance paternelle ; il n'en connaît que l'extinction ¹.

Par conséquent, lorsque l'auteur gardien décède, l'autre n'obtient pas la puissance de plein droit, comme cela se passe en droit allemand ² ; il faut une décision du juge pour qu'il se trouve investi. Celui-ci ne peut d'ailleurs refuser de la lui attribuer. C'est aux autorités de tutelle qu'il appartient d'intervenir si le nouveau titulaire est indigne ou incapable d'exercer son autorité.

§ 2. Autorité tutélaire.

118. — Il y a acquisition originaire, par décision de l'autorité tutélaire, quand celle-ci défère la puissance paternelle à

¹ Si le législateur, restant dans la logique du système, n'avait parlé en son art. 156, que d'attribution de l'enfant, l'acquisition de la puissance paternelle aurait eu lieu de plein droit, en vertu de l'art. 274, al. 3, au profit de l'auteur gardien. Mais, selon l'art. 156, le juge prend bel et bien une décision relative à l'attribution de la puissance paternelle ; cela me permet de déclarer qu'il ne se produit pas ici d'acquisition *ipso jure*.

² B. G. B., § 1636.

l'un des auteurs illégitimes (art. 324, 325, 311, 2^{me} al.). Nous avons vu déjà qu'elle ne peut la déléguer simultanément à tous les deux.

§ 3. Autorité compétente en matière de déchéance.

119. — Le dernier mode d'acquisition par décision de l'autorité, c'est la réintégration après déchéance. L'art. 287 prescrit : *l'autorité tutélaire peut, d'office ou à leur demande, rétablir le père ou la mère dans l'exercice de la puissance paternelle, lorsque la cause de la déchéance a disparu. — Le rétablissement dans l'exercice de la puissance paternelle ne peut avoir lieu avant un an à compter de la déchéance.*

Nous le verrons au chapitre prochain, ce n'est pas l'autorité tutélaire, mais l'autorité compétente qui prononce le rétablissement ¹. D'autre part, *a fortiori*, l'autorité peut rendre l'exercice de la puissance paternelle au père et à la mère; le texte de l'art. 287 laisse à première vue supposer que la réintégration de l'un exclut celle de l'autre. Ici de même il y a acquisition nouvelle, et non pas renaissance, comme le prétend M. Müller ². Elle se produit au moment où la décision de l'autorité compétente est définitive.

120. — Je relève une particularité de la délation par voie d'autorité; elle peut être modalisée par un terme et des conditions.

Le Tribunal statuant sur les effets du divorce, l'autorité tutélaire attribuant la puissance paternelle à l'un des auteurs illégitimes peuvent décider que l'un des père et mère serait investi durant un temps déterminé, que l'autre exercerait la puissance paternelle ensuite; *dies ad quem* pour le premier, *dies a quo* pour l'autre; ils peuvent aussi prononcer que la mère aura la puissance paternelle tant qu'elle ne sera pas remariée: condition résolutoire; que le père se trouvera

¹ N° 492.

² Müller, p. 32.

investi lorsque l'enfant sera âgé de 10 ans, à condition de ne s'être pas remarié : terme accompagné de condition suspensive ¹.

DEUXIÈME PARTIE

Fin de la puissance paternelle.

121. — Le législateur suisse n'a pas distingué entre l'extinction de la puissance paternelle et sa suspension. Nous ne connaissons pas la *potestas dormiens* du B. G. B. ². En conséquence, quel que soit le motif pour lequel l'exercice de la puissance prend fin chez les titulaires ou chez l'un d'eux, il se produit extinction à leur égard ; si plus tard la personne qui avait encouru la perte de la puissance paternelle, en recouvre l'exercice, c'est une puissance nouvelle, et non pas un réveil ou une renaissance de l'ancienne.

122. — Les causes en vertu desquelles la puissance paternelle du C. C. S. prend fin sont les suivantes : 1. la mort ; 2. la majorité ; 3. l'émancipation ; 4. l'adoption ; 5. la révocation de l'adoption ; 6. la main-levée de l'interdiction ; 7. la décision du juge ou de l'autorité ; 8. la nomination d'un tuteur ; 9. la décision de l'autorité compétente pour prononcer la déchéance. Dans un instant, je reprendrai ces diverses causes plus en détail.

123. — Les personnes des deux sexes, tant du côté des titulaires que de celui des enfants, sont soumises aux mêmes règles en matière d'extinction de la puissance paternelle. Nous n'avons plus le principe du droit germanique, d'après lequel la puissance s'éteignait à des moments différents selon qu'il s'agissait de garçons ou de filles, ces dernières y étant soumises jusqu'à leur mariage. Chez nous, la règle est la même, pour les uns comme pour les autres.

¹ Art. 326 in fine.

² B. G. B., §§ 1676 et suiv.

De même, en principe, la mère qui se remarie n'est pas dans une situation plus défavorable que le père, comme c'est le cas en droit allemand.

SECTION I

Extinction de plein droit.

§ 1. Mort.

124. — La mort — à laquelle j'assimile la déclaration de mort et la déclaration d'absence — a pour effet l'extinction de la puissance paternelle, qu'elle atteigne la personne investie ou bien l'enfant. En cas de filiation légitime et d'adoption conjointe, la puissance ne s'éteint que par le décès du survivant des titulaires ¹.

§ 2. Majorité.

125. — C'est le mode normal d'extinction de la puissance paternelle : l'arrivée d'un terme. Notre Code, selon la théorie moderne, ne connaît pas la puissance du *pater* romain qui ne s'éteignait qu'à la mort du titulaire. Le principe de l'autorité paternelle temporaire est, dans nos législations, d'origine germanique ; c'était d'ailleurs aussi le principe du droit athénien.

126. — La majorité est acquise à vingt ans révolus, au moment précis où l'enfant entre dans sa vingt et unième année. Ce terme se calcule, non pas de jour à jour, mais de moment à moment. L'inscription, au registre des naissances, de l'heure où l'enfant est né, permet la détermination du moment exact.

127. — En outre, selon le 2^e alinéa de l'art. 14, le mariage rend majeur de plein droit. Cette disposition concerne plus spécialement les filles, qui peuvent se marier dès l'âge de

¹ Voir N^o 98 ci-dessus.

dix-huit ans, même dans certains cas, dès dix-sept ans. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un homme mineur de vingt ans peut contracter mariage ¹ (art. 96).

128. — Qu'en est-il du mariage nul contracté par des personnes âgées de moins de vingt ans ? Le mariage annulé emporte-t-il majorité ? Le Code qui, aux art. 132 et suiv., règle les effets de la nullité, n'est pas explicite sur ce point.

L'art. 134 statue en son premier alinéa : *La femme qui a contracté mariage de bonne foi est, nonobstant le jugement de nullité, maintenue dans la condition qu'elle avait acquise par son mariage, mais elle reprend le nom de famille qu'elle portait auparavant.*

La condition dont parle ce texte comprend-elle la capacité ? Il faut se prononcer pour l'affirmative. Il en résulte que l'acquisition de la majorité n'est ici qu'une question de bonne foi. La fille est majeure, et la puissance paternelle s'est éteinte au moment de la célébration, si elle a contracté de bonne foi ; elle est restée mineure dans le cas contraire et la puissance paternelle de ses père et mère n'a pas pris fin.

Quant au mari de moins de vingt ans, en l'absence de tout texte spécial, il faut décider, l'art. 134 étant invoqué par analogie, qu'à son égard aussi la puissance paternelle s'éteint ou subsiste selon qu'il était de bonne ou de mauvaise foi.

129. — L'enfant majeur est libéré de la puissance paternelle même s'il n'est pas encore détronqué. Mais alors, en vertu de l'art. 331, il reste soumis à l'autorité domestique du

¹ En droit allemand (§ 1303), un homme ne peut, en aucun cas, se marier avant l'âge de vingt et un ans révolus. Les filles, au contraire, peuvent contracter mariage dès seize ans, mais le mariage ne les rend pas majeures et la puissance paternelle que leurs père et mère exercent sur elles ne s'éteint pas (§ 1633). Cependant, ces derniers n'exercent plus qu'un droit de représentation ; les autres droits, tant sur la personne que sur les biens, passent au mari. Toutefois, la jouissance légale reste aux détenteurs de la puissance paternelle si le mariage a eu lieu contre leur consentement.

chef de la famille, qui sera généralement le père ; il n'en est pas ainsi nécessairement : le chef de famille peut être la mère ou l'aïeul.

§ 3. Émancipation.

130. — L'émancipation de l'art. 15 produit l'extinction de la puissance paternelle. Les père et mère titulaires de cette puissance doivent consentir à l'émancipation. A défaut de leur consentement, l'autorité tutélaire ne peut pas émanciper l'enfant, même si les parents s'y refusent sans motifs plausibles (voir n^{os} 315 et suiv.).

L'émancipation est irrévocable.

§ 4. Adoption.

131. — L'adoption, dès qu'elle est définitive, éteint la puissance paternelle chez les père et mère et la fait naître de plein droit en la personne de l'adoptant (art. 268, 2^e al.).

§ 5. Révocation de l'adoption.

132. — La révocation de l'adoption, qu'elle soit le résultat d'un jugement ou d'une convention, dès qu'elle est définitive, éteint la puissance paternelle chez l'adoptant.

§ 6. Main-levée de l'interdiction.

133. — L'enfant majeur interdit qui se trouve soumis à la puissance paternelle, en est libéré de plein droit par la main-levée de l'interdiction que prononce l'autorité compétente (art. 433 et 434).

J'assimile à ce cas l'expiration de la peine privative de liberté, qui emporte main-levée (art. 432).

§ 7. Décision du juge ou de l'autorité.

134. — Le jugement qui, à l'occasion du divorce, de la séparation de corps ou de la nullité, prononce que les enfants, et par conséquent l'exercice de la puissance paternelle, seront attribués à l'un des époux, provoque de plein droit la perte de cette puissance en la personne de l'autre¹.

135. — Le juge qui, ensuite de faits nouveaux et conformément à l'art. 157, retire les enfants à l'époux gardien pour les attribuer à l'autre, ne prononce pas la déchéance du premier. Chez celui-ci, la puissance prend fin de plein droit. L'extinction n'est ici que la conséquence nécessaire de l'acquisition qui se produit en la personne de l'autre auteur.

136. — Quand le juge prononce la nullité d'une légitimation, ou lorsqu'il sanctionne le désaveu du père, la puissance paternelle est éteinte de plein droit chez les deux titulaires à la fois. L'enfant, n'étant plus légitime, ne peut être soumis à la puissance paternelle qu'en vertu d'une décision de l'autorité (art. 324).

137. — De même, quand l'autorité tutélaire, conformément à l'art. 326, 2^e alinéa, confère la puissance paternelle sur l'enfant illégitime à l'auteur qui ne l'exerçait pas jusqu'à ce moment-là, l'autorité paternelle est éteinte de plein droit en la personne du premier titulaire, puisqu'elle ne peut appartenir simultanément à deux personnes.

Il en serait ainsi même si l'autorité tutélaire² avait réglé d'un coup l'attribution de la puissance aux deux auteurs, en soumettant l'acquisition par l'un d'eux à l'arrivée d'un terme ou à l'accomplissement d'une condition.

138. — L'autorité compétente, nous l'avons vu, peut empêcher l'acquisition de la puissance paternelle sur les enfants

¹ J'assimile à ces décisions les conventions entre époux ratifiées par le juge, puisqu'elles ne sont valables qu'après leur ratification (art. 158, ch. 5).

² Ou le juge dans les cas prévus à l'art. 156 (voir n^o 120).

majeurs interdits (art. 273, 2^e al.). A plus forte raison, postérieurement à l'interdiction, peut-elle décider, d'office ou sur requête, que l'interdit sera placé sous tutelle. Cette décision emporte alors de plein droit l'extinction de la puissance paternelle. Il n'y a pas, dans ce cas, déchéance. Cette dernière, cela va sans dire, peut être, elle aussi, prononcée contre des parents investis de la puissance sur des majeurs interdits. Toutefois, la déchéance est une mesure extrême à laquelle on ne doit recourir qu'à défaut de tout autre moyen. L'art. 273, 2^e alinéa, nous offre une procédure plus simple, permettant d'atteindre le même résultat. Il faudra donc mettre sous tutelle l'interdit, si les parents sont incapables ou indignes d'exercer la puissance paternelle, plutôt que de prononcer leur déchéance. Ce mode d'extinction est recommandable surtout quand les père et mère exercent encore, et de façon satisfaisante, la puissance paternelle sur des enfants mineurs puisque, par la déchéance, ces derniers seraient aussi soustraits à l'autorité de leurs parents. S'il y a mise sous tutelle de l'interdit, l'extinction, au contraire, n'est relative qu'à ce dernier.

§ 8. Nomination d'un tuteur.

139. — Il peut arriver que l'autorité tutélaire place sous tutelle un enfant soumis à la puissance de ses père et mère, sans que ces derniers aient encouru la déchéance. Cette éventualité, je le reconnais, sera très rare; néanmoins, elle est possible.

Prenons le cas d'un enfant trouvé; ce peut être un légitime; il est alors sous la puissance paternelle de ses parents inconnus. L'autorité tutélaire, pour agir régulièrement, devrait, avant de lui nommer un tuteur, requérir de l'autorité compétente la déchéance des titulaires éventuels. Quand l'autorité tutélaire ne suit pas cette procédure, et qu'elle se borne à nommer un tuteur, la puissance paternelle sur l'enfant légitime se trouve éteinte de plein droit, car nul ne

peut, simultanément, être soumis à la puissance de ses parents et à l'autorité d'un tuteur ¹ (art. 368, al. 1^{er}).

SECTION II

Extinction par voie d'autorité.

140. — Jusqu'à présent, nous avons étudié l'extinction de la puissance paternelle comme conséquence de faits efficients. En vertu de ces faits (mort, majorité, attribution des enfants, etc.) la puissance des titulaires prend fin *ipso jure*.

Mais la perte de la puissance paternelle peut se produire en vertu d'une décision de l'autorité, décision dont le but seul et direct est justement cette extinction. Nous avons alors la *déchéance*, et celle-ci ne peut être prononcée que par l'autorité compétente selon les législations cantonales. La perte n'est plus alors la conséquence juridique d'un autre fait ; elle se produit pour elle-même. Je me borne à signaler ici ce mode d'extinction : je l'étudierai plus en détail au chapitre prochain.

¹ Si postérieurement l'identité de l'enfant trouvé peut être établie, les père et mère devront, afin de rentrer dans l'exercice de leurs droits, requérir la mainlevée de la tutelle (n° 113). Celle-ci ne pourra leur être refusée s'ils ont perdu l'enfant sans leur faute et si, d'ailleurs, ils offrent les garanties qu'exige l'intérêt de ce dernier.

CHAPITRE IV

Sanction des devoirs dérivant de la puissance paternelle.

PREMIÈRE PARTIE

L'intervention de l'autorité.

SECTION I

Généralités.

141. — En droit moderne, nous l'avons vu, la puissance paternelle n'est plus instituée en faveur des père et mère ; elle n'est plus un pouvoir absolu au profit de ceux qui l'exercent ; au contraire, c'est une institution dans l'intérêt de l'enfant et de la société. Il faut donc que cette dernière, par l'entremise de ses organes publics, puisse surveiller l'usage que font les parents des droits qui leur sont concédés, et contrôler l'exécution de leurs obligations. Il faut en outre que la société puisse intervenir efficacement, dès que l'intérêt de l'enfant l'exige, pour rappeler les père et mère à leurs devoirs ; pour les leur enseigner s'ils ne les connaissent point ; enfin, pour leur retirer, en tout ou en partie, les droits que la loi leur

accorde, s'ils se montrent indignes ou incapables de les exercer.

L'intervention de l'autorité constitue le moyen le plus efficace de protéger l'enfant contre les abus des personnes investies de la puissance paternelle.

142. — Le principe de l'intervention est moderne. Dans les législations anciennes, spécialement dans la romaine, la puissance étant absolue, la justice n'intervenait que si le père avait commis un délit sur la personne de l'enfant.

Nous avons vu qu'en pays de coutumes, les tribunaux s'étaient arrogé la faculté de contrôler l'emploi que les parents faisaient de leur autorité.

Sous l'empire du Code civil, avant 1874, la France n'avait qu'un système de contrôle rudimentaire. Le Code Napoléon ignore l'intervention de l'autorité; seule, la loi pénale prévoyait un cas de déchéance. Lors de l'élaboration du Code civil, on avait proposé de reconnaître, par un texte spécial, un droit de surveillance à la justice; la proposition ne fut pas repoussée, mais simplement ajournée; par négligence, elle ne fut plus reprise. La doctrine et la jurisprudence françaises, toutefois, s'appuyant sur les usages des tribunaux en pays de coutumes, prétendirent que la puissance paternelle était soumise au contrôle des juges et reconnurent à ceux-ci le pouvoir d'en limiter ou d'en suspendre l'exercice. Selon l'art. 444 du C. C. fr., d'ailleurs, les gens d'une inconduite notoire, et ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité, sont exclus de la tutelle ou destituables; cette règle s'applique aussi au père tuteur légal; pourquoi ne vaudrait-elle pas pour le père pendant la durée du mariage? Les tribunaux en conséquence intervenaient dans l'intérêt de l'enfant et retiraient la garde de ce dernier au père qui avait abusé de ses droits.

Mais la jurisprudence avait tenté vainement d'introduire des causes de déchéance; ce ne fut qu'à la fin du siècle dernier que l'intervention de l'autorité put être rendue efficace. Dans ce but, trois lois furent élaborées successivement :

a) la loi du 7 décembre 1874, sur les enfants employés dans les professions ambulantes; b) la loi du 24 juillet 1889, sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés (c'est la plus importante); c) la loi des 5 et 19 avril 1898 sur la répression des violences et attentats commis envers des enfants. Ces trois lois ont constitué un système complet permettant au juge de limiter la puissance paternelle ou de la supprimer. La déchéance se produit tantôt nécessairement et de plein droit, comme conséquence de certaines condamnations, tantôt elle n'est que facultative et doit faire l'objet d'une décision *ad hoc*.

Le système actuel de la France est encore insuffisant; l'action tendant à la déchéance ne peut être introduite que par un parent du mineur au degré de cousin germain ou à un degré plus rapproché, et par le ministère public. L'intervention de l'autorité est subordonnée par conséquent à celle d'un tiers; le contrôle ne s'exerce pas d'office: c'est là son défaut. Il faut espérer qu'à l'occasion de la refonte de son droit civil, la France adoptera le système qui a prévalu dans les Codes les plus récents.

143. — Les autres législations européennes ont admis plus facilement que le droit français le principe de l'intervention. En Russie, dès la première moitié du siècle dernier, le détenteur de la puissance paternelle pouvait être privé de ses droits s'il se montrait indigne ou incapable.

En droit prussien, le tribunal des tutelles intervenait sur requête et même d'office, en cas d'abus ou de négligence.

En droit autrichien, l'on a toujours admis que la puissance paternelle pouvait être retirée, suspendue ou restreinte à la demande des plus proches parents.

Le Code saxon prévoyait le retrait du droit d'éducation lorsque les parents n'élèvent pas convenablement leurs enfants ou s'ils mettent en danger leur bien-être matériel ou moral.

En Angleterre, c'est la Cour de la Chancellerie qui intervient pour sauvegarder l'intérêt de l'enfant; elle peut priver

de leurs droits les parents indignes. La puissance paternelle a été réglementée par la jurisprudence en l'absence de dispositions expresses du *Common Law*.

Dans le système du Code italien de 1866, les tribunaux interviennent, à la requête des proches parents ou du ministère public, pour retirer aux père et mère le droit de garde, et, dans les cas graves, pour nommer un tuteur à l'enfant. Le B. G. B.¹ prescrit au Tribunal des tutelles une surveillance intensive, spécialement quand l'enfant possède des biens. Le tribunal doit prendre, pour parer au danger que l'enfant court dans sa fortune ou dans sa personne, les mesures justifiées par les circonstances. Il peut en particulier retirer la garde aux parents et placer le mineur dans un établissement ou dans une famille.

144. — Le législateur suisse n'est pas resté en arrière ; la loi nouvelle connaît le principe de l'intervention. Dans le système de notre Code, les autorités doivent contrôler les père et mère dans l'exercice des droits qu'ils ont sur leurs enfants et dans l'accomplissement de leurs obligations. Cas échéant, elles ont à prendre les mesures qu'elles jugent nécessaires.

Notre loi en matière de puissance paternelle est à la hauteur des législations modernes. Sans chauvinisme, on peut même affirmer qu'elle les dépasse. Le seul reproche général qu'on puisse lui adresser, c'est de ne pas avoir réglé avec assez de détails le rôle et les attributions de l'autorité, qu'il s'agisse d'ailleurs de la puissance paternelle proprement dite ou des droits des père et mère sur les biens de leurs enfants. Il est préférable, dans ce domaine, où l'arbitraire est à redouter, d'insérer dans la loi des dispositions spéciales et précises. Les garanties des parents, comme celles des enfants, sont d'autant plus sérieuses que la matière de l'intervention est réglée avec plus de soin².

¹ § 1665 et suiv.

² « On peut espérer que les autorités de tutelle, disait le Conseil fédéral dans son Message, agiront avec assez de mesure pour qu'il ne soit pas indispensa-

145. — L'art. 283 s'exprime comme suit : *Les autorités de tutelle sont tenues, lorsque les père et mère ne remplissent pas leurs devoirs, de prendre les mesures nécessaires pour la protection de l'enfant.* Cet article pose donc le principe général que lorsque les père et mère ne s'acquittent pas de leurs obligations envers l'enfant, les autorités de tutelle doivent intervenir pour protéger ce dernier et pour défendre ses intérêts compromis. Les articles 284 à 289 ne font que développer les conséquences de ce principe général, et préciser, sans que l'énumération soit limitative, certains moyens rigoureux que l'on doit employer dans les circonstances les plus graves.

Nous allons voir d'abord quelles sont les autorités chargées de contrôler l'exercice de la puissance paternelle et d'intervenir au besoin ; puis nous verrons les circonstances qui motivent leur action et le caractère de celle-ci.

SECTION II

Autorités.

146. — Le projet départemental de 1900, et celui du Conseil fédéral de 1904, chargeaient l'autorité tutélaire de la surveillance des père et mère et de l'intervention. Sur la proposition de la commission du Conseil national, les Chambres ont conféré ces attributions générales aux *autorités de tutelle* (art. 283).

La puissance paternelle étant semblable à la puissance tutélaire, il est logique de confier aux mêmes organes le soin de contrôler les détenteurs de l'une et de l'autre dans l'accomplissement de leurs obligations.

ble de définir plus nettement leurs compétences. Une définition plus explicite entraînerait, à d'autres égards, bien des inconvénients, auxquels nous échappons grâce à la latitude que nous laissons en matière d'intervention officielle » (p. 37). Je crains fort que cet espoir du Conseil fédéral ne se réalise point dans tous les cantons.

147. — Les autorités de tutelle sont administratives ou judiciaires. En raison de la diversité que présentent, dans ce domaine, les législations cantonales, et du caractère organique qu'aurait eu une semblable décision, le législateur n'a pas voulu se prononcer pour l'un des deux systèmes à l'exclusion de l'autre.

Donc, l'organisation des autorités de tutelle est laissée aux cantons : mais ceux-ci doivent instituer au moins deux instances et ne peuvent en désigner plus de trois (art. 361). Le premier rouage est l'autorité tutélaire, le second l'autorité de surveillance, qui, elle-même, peut n'avoir qu'une seule instance ou peut en compter deux.

Les compétences respectives de ces divers rouages, pour ce qui a trait à la surveillance des détenteurs de la puissance paternelle, sont également réglées par les cantons¹. En général, l'autorité tutélaire exercera la surveillance voulue et prendra les décisions utiles, l'autorité de surveillance fonctionnant comme instance de contrôle et de recours.

148. — Toutefois, dérogeant au principe de l'art. 283, qui désigne d'une manière toute générale les autorités de tutelle, l'art. 284 charge l'autorité tutélaire de prendre la première des mesures rigoureuses que prévoit le Code, — le placement des enfants. D'autre part, la seconde de ces mesures, — le retrait de la puissance paternelle, — est prise par l'autorité compétente selon le droit des cantons (voir n° 171).

Je trouve cette diversité sans aucun fondement ; il aurait été plus simple de laisser à l'autorité tutélaire le soin de prendre toutes les mesures utiles sous réserve d'un recours à l'autorité de surveillance (et au Tribunal fédéral en matière de déchéance). Au lieu de cela, nous avons un système inutilement compliqué : les autorités de tutelle prennent les mesures nécessaires pour la protection de l'enfant ; mais c'est l'autorité tutélaire qui retire la garde aux parents et

¹ En matière de tutelle et de curatelle, les cantons n'ont à régler que les attributions de l'autorité de surveillance, s'ils l'établissent à deux degrés (art. 361, al. 2).

c'est à l'autorité compétente selon le droit des cantons de prononcer la déchéance ¹.

149. — Les autorités de tutelle sont, en vertu de l'art. 283, *tenues* de surveiller les parents dans l'exercice de la puissance paternelle et de prendre les mesures nécessaires. Elles doivent, en conséquence, agir d'office, et *a fortiori* si elles en sont requises, que la requête émane de l'un des père et mère ou d'un tiers.

L'enfant peut-il recourir personnellement auprès des autorités de tutelle, s'il juge les décisions ou la conduite des détenteurs de la puissance paternelle arbitraire ou préjudiciable pour lui ? Certaines législations cantonales lui reconnaissent ce droit ; notre Code est muet sur ce point ; mais il résulte de l'*Exposé des Motifs* ², qu'il n'était pas dans l'esprit des rédacteurs de le lui concéder. Cette exclusion est regrettable ; il eût été bon d'admettre ce recours. L'enfant, quand il atteint un certain âge surtout, peut souvent, mieux que toute autre personne, juger la conduite de ses parents et l'opportunité de leurs décisions. Leur conférer le droit de recours, c'eût été la seule solution conciliable avec le système de notre droit.

Toutefois, si dans le silence du Code, on ne doit pas lui reconnaître un droit de recours formel, l'enfant, c'est évident, peut comme toute autre personne, rendre attentive l'autorité, et celle-ci doit intervenir lorsque les plaintes ne sont pas sans fondement.

150. — De l'art. 283 résulte donc une astriction, en vertu de laquelle les autorités de tutelle sont responsables de leur négligence ou de leur incurie : leur diligence doit être celle d'un bon administrateur (art. 426), et l'enfant pourra, le cas échéant, demander réparation du préjudice qu'il a subi du

¹ Les cantons peuvent instituer un ou plusieurs organes compétents pour prononcer la déchéance de la puissance paternelle. Ils peuvent aussi désigner une autorité spéciale, compétente dans le cas de l'art. 286 (remariage de l'un des père et mère) ; titre final, art. 54.

² Motifs, p. 220.

fait de leur inaction, de leur négligence ou de leur mauvaise foi.

Les organes des autorités de tutelle sont responsables selon les règles prescrites en matière de tutelle (art. 426 et suiv.)¹.

SECTION III

Des cas d'intervention.

151. — Aux art. 284 et suiv., le Code mentionne certains cas d'intervention. L'autorité doit intervenir quand l'enfant est moralement abandonné, quand son développement physique ou intellectuel est compromis ; lorsque les titulaires sont incapables d'exercer la puissance paternelle ; lorsqu'ils sont frappés d'interdiction ; quand ils se sont rendus coupables de graves abus d'autorité ou de négligences graves ; enfin, quand la personne investie contracte un nouveau mariage.

L'énumération contenue dans ces dispositions n'est pas limitative ; elle se rapporte à des cas particuliers, auxquels correspondent des moyens spéciaux.

152 — En thèse générale, les autorités de tutelle peuvent et doivent intervenir chaque fois que les détenteurs de la puissance paternelle manquent, en quelque manière que ce soit, aux devoirs qui leur sont imposés vis-à-vis de l'enfant, qu'il s'agisse d'un devoir dépendant de la puissance paternelle proprement dite², d'un devoir découlant des effets généraux de la filiation³, ou d'une obligation relative à l'administration des biens⁴.

Il serait fastidieux d'établir une liste des cas d'interven-

¹ Le B. G. B., §§ 1674, 839, al. 1 et 3, prescrit également la responsabilité du Tribunal des Tutelles envers l'enfant.

² Art. 273 à 282.

³ Art. 270 à 272 ; 324, al. 2 ; 325, al. 2.

⁴ Art. 290 et suiv.

tion : on ne saurait d'ailleurs tous les prévoir ; je cite plutôt quelques exemples : les mauvais traitements infligés aux enfants ; l'incitation au mal ; les exemples pernicieux ; les négligences dans l'éducation et l'instruction, notamment le fait de ne pas envoyer l'enfant à l'école ; le défaut de surveillance ; la négligence dans l'entretien (mauvaise nourriture, mauvaise hygiène, vêtements malpropres) ; la conduite immorale et déshonorante du père ou de la mère, leur ivrognerie, le fait qu'ils se livrent à la mendicité, l'exploitation d'une maison de tolérance ¹ ; les marques d'incapacité ou d'infidélité dans l'administration des biens, etc., etc.

Non seulement les manquements aux devoirs, mais encore l'abus que les parents font des droits que la puissance paternelle leur confère, car l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ² : l'abus du droit de garde ; l'abus du droit de correction ; l'usage, préjudiciable pour l'enfant, que les parents font de leurs prérogatives, sans motifs plausibles, par pure arbitraire. En un mot, tous les faits quelconques, toutes les omissions qui peuvent mettre en danger la santé physique, intellectuelle ou morale de l'enfant, qui portent atteinte à son développement ou à ses intérêts, légitiment l'action des autorités.

La responsabilité des parents n'est pas un élément nécessaire pour l'intervention. Celle-ci doit se produire, même si le danger que court l'enfant ne peut leur être imputé à faute (par exemple le milieu où grandit l'enfant est un foyer de tuberculose ; des tiers qu'il fréquente mettent en danger sa moralité).

¹ Même si les maisons de tolérance sont licites ; il ne faut pas que l'enfant se corrompe dans la promiscuité du mal.

² C. C. S., art. 2, al. 2.

SECTION IV

L'intervention.

§ I. En général.

153. — Les autorités de tutelle jouissent de la plus entière liberté dans le choix de leurs moyens d'intervention, pour autant qu'ils restent dans la légalité et que leurs mesures ne soient pas entachées d'arbitraire.

Le placement des enfants et la déchéance de la puissance paternelle sont les mesures suprêmes. Le Code les mentionne en ses articles 284 à 286, en restreignant leur emploi à des cas particulièrement graves et limitativement énumérés. Je reprendrai ces deux mesures dans des paragraphes spéciaux.

154. — Dans des cas de moindre gravité, les autorités de tutelle peuvent recourir à toutes autres mesures qu'elles jugent utiles : observations et remontrances : surveillance accentuée ; menaces de déchéance ; blâme infligé aux parents¹, etc., etc. ; cela sans préjudice des sanctions que peuvent prévoir les règlements de police et les lois de droit public qu'édicte les cantons : lois sur l'assistance, par exemple ; mesures pénales contre les parents qui n'envoient pas leurs enfants à l'école ; répression en matière de délits contre les enfants (mauvais traitements ou séquestration), etc.

Si la conduite des père et mère envers leurs enfants est délictueuse et tombe sous le coup de dispositions pénales, les autorités de tutelle ont le devoir d'en informer le ministère public.

155. — Les autorités de tutelle doivent prendre toutes les mesures provisoires nécessaires pour sauvegarder, jusqu'au

¹ Quand les biens de l'enfant sont en danger, elles agissent conformément aux règles sur la matière, art. 297 en particulier.

moment de la déchéance ou du placement des enfants, l'intérêt de ces derniers. Il en est de même en cas de divorce, si le juge n'a pas rendu sur la requête d'une partie une ordonnance de mesures provisionnelles.

156. — Sauf en cas de déchéance, les autorités de tutelle peuvent en tout temps revenir sur leur décision première et modifier les mesures qu'elles ont prises, qu'elles veuillent accentuer leur intervention, ou en diminuer l'effet.

157. — Les dispositions du Code civil ne portent pas atteinte à la faculté qu'ont les cantons d'édicter des lois de droit public concernant l'internement, dans des maisons de correction ou d'éducation, des jeunes délinquants.

§ 2. Placement des enfants.

158. — C'est la première des mesures de rigueur que prévoit notre loi. L'art. 284 prescrit en son alinéa premier : *L'autorité tutélaire peut retirer aux parents la garde de l'enfant et le placer dans une famille ou dans un établissement, lorsque son développement physique ou intellectuel est compromis, ou lorsque l'enfant est moralement abandonné.*

Nous avons ici le retrait du droit de garde ; c'est à la première instance des autorités de tutelle, à l'autorité tutélaire, qu'il appartient de le prononcer.

L'art. 284 est la disposition du chapitre sur la puissance paternelle qui, au sein des Chambres, a donné lieu aux plus longues discussions. Ce n'est qu'après des tâtonnements et des retouches multiples que fut adopté le texte définitif.

159. — Pour que l'autorité tutélaire puisse retirer aux détenteurs de la puissance paternelle la garde de l'enfant, il faut que les conditions prévues à l'art. 284 se trouvent réalisées ; elles sont limitativement énumérées ; il est donc indispensable que le développement physique ou intellectuel de l'enfant soit compromis, ou que ce dernier soit moralement abandonné. Quand ces conditions se trouvent-elles réalisées ? C'est une question d'appréciation. La faute des

parents n'entre pas en ligne de compte ; l'historique de la disposition montre clairement la volonté du législateur : l'art. 295 du projet de 1904 disait : « ... lorsque son développement physique ou intellectuel est compromis *par suite de l'inaccomplissement de leurs devoirs*, ou lorsqu'il est moralement abandonné ». Le Conseil national a supprimé cette réserve ayant trait à l'inaccomplissement des devoirs ; il a voulu montrer par là que la question de l'imputabilité ne devait jouer aucun rôle.

Le retrait du droit de garde n'a donc pas un caractère purement répressif. L'intérêt de l'enfant et de la société exige que l'autorité puisse intervenir énergiquement, même en l'absence de toute faute des parents. Tel sera le cas d'un enfant infirme, aveugle par exemple, ou phthisique. L'autorité placera l'enfant dans un institut pour personnes atteintes de cécité, ou dans un sanatorium, si les parents ne peuvent pourvoir à ses besoins ; elle le fera même contre le gré de ces derniers.

160. — Quand l'une des conditions de l'art. 284 se trouve réalisée, et que l'autorité tutélaire retire aux détenteurs de la puissance paternelle la garde de l'enfant, elle peut placer ce dernier dans une famille ou dans un établissement. Elle choisira de préférence la première solution et placera l'enfant dans une famille, surtout s'il est en bas âge ; c'est dans un milieu semblable que l'on peut trouver le plus de garanties morales et les soins les plus attentifs.

Si c'est un établissement que l'autorité choisit, elle doit avoir soin d'éviter les promiscuités fâcheuses qui pourraient contaminer l'enfant ; ce sont là souvent des foyers d'infection morale et de dépravation.

Que faut-il entendre par « établissement » au sens de l'art. 284 ? Tout pensionnat, internat, maison d'éducation ou d'apprentissage, Landeserziehungsschule, tout asile, hospice ou maison de santé, toute institution, en un mot, où l'on se charge, de manière permanente ou simplement intermittente, de prendre soin des enfants et de les élever.

L'autorité tutélaire devra choisir la famille ou l'établissement en tenant compte des besoins de l'enfant, de la position sociale et de la situation financière des parents ; elle prendra en considération les désirs de ces derniers, mais elle devra aussi, dans la mesure du possible, respecter les aptitudes de l'enfant ainsi que ses vœux.

L'autorité tutélaire est responsable envers l'enfant et envers ses père et mère du choix de la famille ou de l'établissement : elle doit déployer le maximum de diligence et de sollicitude. En particulier, elle évitera, si possible, le placement par adjudication ; que l'enfant et ses parents soient riches, ou qu'ils soient dans le dénuement, il convient, tout en prenant en considération leur situation financière respective, d'assurer avant tout à l'enfant un développement normal de ses forces physiques, intellectuelles, et surtout morales.

161. — En résumé, l'autorité tutélaire doit pourvoir au placement de l'enfant avec la sollicitude d'un bon père de famille, en prenant les mesures que les père et mère, dans le cas particulier, auraient dû prendre eux-mêmes en vertu de leur devoir d'éducation.

162. — Les maisons de correction sont-elles comprises dans les établissements dont parle l'art. 284 ? Sans doute, et l'autorité tutélaire ne doit pas reculer devant l'internement dans des institutions de ce genre, si les circonstances le justifient. Mais dans la règle, une mesure semblable sera prise en vertu des lois de droit public particulières aux cantons.

163. — Qui peut le plus peut le moins ; l'autorité tutélaire pourra ne retirer que partiellement le droit de garde aux personnes investies ; statuer, par exemple, que l'enfant sera confié durant le jour seulement à telles personnes, où à telle institution, chargées de son éducation, et le laisser à sa famille le soir et pendant la nuit.

164. — Je veux relever ici une forme particulière sous laquelle peut se présenter le retrait du droit de garde : l'autorité tutélaire peut y procéder par simple défense (sorte d'*inter-*

dictum de liberis exhibendis. L'enfant, par exemple, est élevé gratuitement par ses grands-parents ou par un tiers. Ses père et mère, investis de la puissance paternelle, désirent le reprendre ; leur décision paraît préjudiciable pour l'enfant, qui est élevé dans de bonnes conditions par ses aïeuls, tandis que ses parents n'offrent pas les mêmes garanties. L'autorité tutélaire procède au retrait du droit de garde par une défense d'enlever ¹.

165. — Le retrait du droit de garde laisse subsister la puissance paternelle chez les personnes qui sont légitimées pour l'exercer ² ; mais il va sans dire qu'il entraîne généralement pour elles une impossibilité matérielle de pourvoir à l'éducation de l'enfant ; ce dernier est soustrait à leur influence.

Dès que l'enfant est soumis à la discipline de l'établissement ou à l'autorité du chef de famille auquel on le confie, les titulaires de la puissance paternelle ne peuvent plus intervenir eux-mêmes pour imposer leur volonté ; ils agiront par voie de requête en faisant part de leurs intentions et de leurs observations à l'autorité tutélaire. Si cette dernière le juge à propos, elle donnera les instructions qu'il convient aux personnes qui détiennent l'enfant.

Sous réserve de la restriction que je viens de faire, la puissance paternelle reste intacte : les père et mère continuent à représenter l'enfant et disposent comme par le passé de son éducation religieuse ; ils jouissent également du droit d'administrer les biens de l'enfant et en ont la jouissance dans la

¹ La tendance de la jurisprudence française, malgré l'absence de dispositions formelles, est analogue. Tribunal de la Seine, 15 décembre 1869, Dalloz, 1869, III, p. 104.

² En droit français, le Tribunal peut déléguer l'exercice des droits de la puissance paternelle à l'établissement et aux particuliers qui reçoivent l'enfant lorsque les parents ne sont pas en état de subvenir à leurs charges et que le placement a lieu de leur consentement, ou lorsque l'enfant a été abandonné par ses parents et recueilli sans leur intervention. Le père n'est alors pas déchu ; l'exercice seul de la puissance paternelle a été délégué, il peut toujours demander que l'enfant lui soit rendu. — (Loi de 1889 ; Planiol, I, p. 531.)

mesure où les revenus ne sont pas absorbés par les frais du placement.

166. — Les frais du placement sont en premier lieu à la charge des parents et de l'enfant. Si ces derniers ne sont pas en mesure de les payer, le droit public décide comment et par qui ils doivent être supportés (art. 284, al. 3).

Le projet de 1904 mettait ces frais, en cas d'indigence des parents et de l'enfant, à la charge de l'assistance publique. La commission du Conseil des États a judicieusement proposé qu'il ne soit pas empiété sur le terrain du droit public des cantons, et les Chambres ont adopté ses conclusions¹.

¹ Au cours des délibérations qu'a provoquées au Parlement la disposition de l'art. 284, M. Scherrer-Füllemann, député saint-gallois, a proposé d'introduire dans le Code le texte suivant (art. 295 bis) : « Les communes peuvent fonder des asiles d'enfants et les administrer, si les circonstances justifient la création d'œuvres semblables. Les parents qui sont occupés dans des entreprises industrielles et qui ne peuvent, dès lors, pendant la durée de leur travail, surveiller leurs enfants ni en soigner l'éducation, sont autorisés à les envoyer dans des asiles à ce destinés. Les autorités de tutelle peuvent également y placer, même contre le gré des parents, des enfants exposés au danger d'être abandonnés. Les communes peuvent obliger les parents à participer dans une mesure convenable aux frais d'entretien des enfants placés dans des asiles. Le droit public cantonal édicte les prescriptions complémentaires assurant l'exécution du présent article, notamment en ce qui concerne la répartition des frais de fondation et d'exploitation de ces asiles d'enfants. »

Il s'agissait, dans l'idée de M. Scherrer-Füllemann, de *Kinderheime* destinés à recevoir les enfants que leurs père et mère ne peuvent élever normalement, ni surveiller au jour le jour, à cause de leur activité professionnelle. Comme on le voit, il n'était pas question d'enfants moralement abandonnés, ni de ceux dont le développement est compromis ; les père et mère, ici, ne sont susceptibles d'aucun reproche.

Durant le siècle dernier, disait en substance l'honorable député, les rapides développements de l'industrie et des moyens de communication ont eu leur répercussion sur la vie de famille qu'ils ont désagrégée. Tandis qu'autrefois l'artisan travaillait à la maison, le père d'aujourd'hui est empêché de se vouer aux siens ; il en est de même de la mère qui, dans bien des cas, passe ses journées à l'atelier. La surveillance et l'éducation des enfants ont souffert de cet état de choses ; ces derniers sont le plus souvent abandonnés à eux-mêmes. L'exode des campagnes vers la ville a pour conséquence une augmentation sans cesse croissante du prolétariat. Il importe de créer des institutions remplaçant pour les enfants la vie de famille qu'ils n'ont pas. L'Allemagne et la France ont, dans une certaine mesure, remédié à cette situation fâcheuse en créant pour les enfants des asiles privés. Nous devons intervenir aussi, et ce

§ 3. Déchéance de la puissance paternelle.

I. NOTION ET GÉNÉRALITÉS.

167. — La déchéance est l'extinction de la puissance paternelle prononcée par l'autorité ; c'est la mesure la plus rigoureuse à laquelle on puisse recourir. Elle n'a d'ailleurs pas toujours le caractère d'une peine ; elle n'est pas nécessairement déshonorante ; il y a des cas où elle n'est pas une tache pour celui qu'elle atteint.

168. — Nous avons vu que le retrait de la garde ne peut avoir lieu que si les conditions de fait exigées par la loi se trouvent réalisées. Il doit en être de même *a fortiori* de la déchéance. Les art. 285 et 286 énumèrent limitativement les cas où l'autorité peut la prononcer. Ces cas sont les suivants : l'incapacité et l'interdiction, les abus d'autorité et les négligences graves ; le remariage du titulaire. Nous les reprendrons en détail un peu plus loin.

Quand l'une des conditions de l'art. 285 se trouve réalisée, la déchéance doit être prononcée par l'autorité. Toutefois, si

doit être la tâche des communes d'édifier des *Kinderheime* partout où les conditions sociales l'exigent, afin que les enfants des ouvriers y trouvent, pendant que leurs parents sont au travail, les soins et la surveillance nécessaires.

M. le Conseiller National Bühlmann aurait voulu généraliser la proposition de M. Scherrer-Füllemann et prévoir la création d'asiles à la campagne aussi.

La majorité de la Commission du Conseil National entra dans les vues de M. Scherrer-Füllemann, élaborant des dispositions auxquelles ce dernier déclara se rallier. Mais le Conseil National, à une assez faible majorité du reste, sur le rapport de minorité que présenta M. Motta, maintint, dans ses grandes lignes, le texte du Conseil Fédéral ; on ne saurait certes l'en blâmer. L'idée de favoriser la fondation de *Kinderheime* est généreuse, sans doute. Mais le texte de MM. Scherrer-Füllemann et consorts n'était qu'une déclaration de principe qu'il eût été bien inutile d'insérer dans la loi. La création de ces asiles se rattache à l'organisation de l'assistance publique et dépend par conséquent du droit administratif. Les parents ont le droit d'envoyer leurs enfants dans les *Kinderheime*, là où il en existe. C'est même pour eux plus qu'un droit ; c'est un devoir découlant de la puissance paternelle ; s'ils ne profitent pas des établissements mis à leur disposition, les autorités de tutelle pourront les contraindre à y envoyer leurs enfants.

le titulaire en la personne duquel la condition se réalise est divorcé, séparé de corps, etc., et que l'autre auteur ne soit pas encore décédé, une double solution est possible : ou bien la déchéance est prononcée par l'autorité compétente ; ou bien les autorités de tutelle saisissent le juge, le motif de déchéance constituant alors un fait nouveau au sens de l'art. 157.

169. — La déchéance peut être prononcée contre le père, contre la mère, ou à la fois contre tous les deux. En général, quand elle a lieu pour abus d'autorité ou négligences graves, les père et mère, investis ensemble, méritent également d'être déchus. S'il n'y a faute que chez l'un des époux, la déchéance n'en doit pas moins atteindre les deux, cela pour des raisons pratiques et d'opportunité : il ne faut pas que la mère, même innocente, soit investie de la puissance quand son époux a cessé de l'être ; l'autorité de la mère serait compromise, et d'ailleurs une situation semblable porterait gravement atteinte à la paix intérieure. Donc, lorsque l'un des époux est seul en faute, il est prudent, si le coupable est le mari, de retirer l'exercice de la puissance paternelle à tous les deux.

170. — Mais quand ces motifs d'opportunité n'entrent pas en ligne de compte, l'autorité ne doit, en général, retirer la puissance paternelle qu'au titulaire en la personne duquel les conditions de la déchéance se trouvent réalisées : il peut en être ainsi en cas d'incapacité ou d'interdiction, car alors les inconvénients que j'ai signalés plus haut ne se présenteront d'ordinaire pas. Toutefois, même dans cette éventualité, l'autorité devrait agir contre les deux époux si la déchéance de l'un devait entraver l'autre dans l'exercice normal de la puissance paternelle, ou si ce dernier n'offrait pas des garanties morales suffisantes : toujours, l'intérêt de l'enfant doit seul être déterminant.

170^{bis}. — La déchéance appartient désormais au droit civil ; les législations cantonales ne peuvent plus lui donner le caractère d'une sanction de droit pénal. Les codes pénaux

des cantons peuvent rappeler la déchéance, à condition de ne modifier ni ses effets, ni ses conditions. Ce retrait de la puissance paternelle apparaîtra dans ce cas comme la conséquence de certains actes, punis par la loi pénale, et qui sont en même temps des causes de déchéance en vertu du Code civil.

Les cantons, par contre, ont la faculté d'attribuer à des tribunaux de l'ordre pénal la compétence nécessaire pour prononcer la déchéance (voir N° 172).

II. AUTORITÉS COMPÉTENTES ET PROCÉDURE.

171. — L'art. 285, al. 1^{er}, rend les autorités de tutelle compétentes pour prononcer la déchéance. Il n'en est pas ainsi en réalité. Le texte français est inexact. La version allemande, et l'italienne parlent à l'art. 285 *d'autorité compétente* (die zuständige Behörde, l'autorità competente). Les délibérations des Chambres montrent bien d'ailleurs que ces deux versions sont conformes à la volonté du législateur et que la disposition française est le résultat d'une négligence dans la traduction.

L'art. 296 du projet de 1904, et déjà l'art. 313 de celui de 1900, rendaient l'autorité tutélaire compétente en cette matière, sous réserve d'un recours au juge. La discussion du Conseil National a été, sur ce point, touffue. Le recours en justice surtout soulevait bien des critiques. Quoiqu'elle constitue la meilleure garantie d'impartialité, une semblable organisation n'en est pas moins défectueuse : les instances coûtent cher et peuvent traîner des mois. Certains orateurs ont soutenu que le législateur fédéral devait laisser aux cantons le soin de désigner l'autorité et d'organiser la procédure. Les Chambres se sont ralliées à ce dernier point de vue, non seulement pour ne pas s'ingérer dans le domaine de l'organisation judiciaire et de la procédure, mais plutôt par esprit d'opportunité. Tel avait été le cas en matière d'interdiction. La déchéance étant actuellement prononcée dans

les cantons soit par voie administrative, soit par voie judiciaire, on n'a pas voulu sacrifier l'un des systèmes au profit de l'autre. Ce fut à tort; en ce domaine, l'harmonie est désirable. Ce qui fait la faiblesse des codifications civiles en Suisse, c'est précisément cette crainte de sacrifier les institutions de certains États. On évite d'être trop catégorique et l'on s'efforce de tenir la balance égale entre les tendances diverses des législations cantonales. On renonce à une solution simple et logique, parce que tel gros canton ne la connaît pas. C'est, je le reconnais, une nécessité pratique; il faut sans cesse de ces concessions si l'on ne veut pas que la loi se brise à l'épreuve référendaire.

172. — Telle est la raison pour laquelle les textes allemand et italien, qui feront règle dans le cas particulier, ne parlent à l'art. 285, al. 1^{er}, que d'autorité compétente¹. En vertu de l'art. 54 du Titre final, il appartient aux cantons de la désigner. En général la même autorité sera compétente pour prononcer la déchéance et l'interdiction.

173. — Si la compétence nécessaire pour retirer l'exercice de la puissance paternelle n'est pas attribuée aux autorités de tutelle, celles-ci, plus spécialement l'autorité tutélaire, devront signaler aux autorités, compétentes selon l'art. 285, les cas de déchéance et requérir d'elles cette mesure extrême.

174. — De même que celle en interdiction, la procédure en déchéance est réglée par la législation cantonale; elle peut être administrative ou judiciaire. Le recours au Tribunal Fédéral demeure réservé (art. 288).

175. — Il semble que le Code aurait pu donner un minimum de garanties aux titulaires de la puissance, et ne pas abandonner toute la question de la procédure aux cantons; il aurait été désirable que, dans la mesure du possible, la déchéance dût être précédée d'un avertissement, de remontrances. En tous cas la loi aurait dû prescrire l'audition par

¹ Le texte de l'art. 285, al. 1^{er}, doit en conséquence être corrigé comme suit :
...sont déclarés déchus de leur droit par l'autorité compétente.

l'autorité compétente des personnes que l'on veut priver de leurs droits, celle de leurs proches parents et des autorités de tutelle¹. Il est à souhaiter que les cantons sachent combler cette lacune.

III. DES CAS DE DÉCHÉANCE.

176. — Les circonstances qui permettent à l'autorité compétente de prononcer la déchéance sont, nous l'avons vu, énumérées limitativement par les art. 285 et 286. Il ne faut pas qu'une mesure aussi rigoureuse puisse être prise sans raisons suffisantes.

A. Incapacité de fait.

177. — L'autorité doit déclarer déchues de la puissance paternelle les personnes incapables de l'exercer; il s'agit ici d'une incapacité de fait, telle que l'absence, la maladie, l'imbécillité, le manque de discernement du titulaire. L'enfant d'un homme un peu simple possède des biens considérables; sans que l'interdiction se justifie, il serait dangereux de laisser au titulaire de la puissance paternelle l'administration de la fortune, et le droit d'administrer ne peut être enlevé aux père et mère s'il n'y a pas déchéance.

En général, l'incapacité pour infirmité mentale entraînera l'interdiction.

Quand il faudra mettre un enfant trouvé sous tutelle, l'autorité tutélaire fera bien de requérir préalablement la déchéance des personnes qui pourraient être investies de la puissance paternelle. Cette procédure est seule régulière; l'enfant peut être légitime; il y aurait alors tutelle sans déchéance des titulaires, ce qui est un cas anormal, comme nous l'avons dit au chapitre précédent. Il en est de même en cas d'absence des parents ou de l'un d'eux.

¹ B. G. B., § 1673.

B. Incapacité de droit.

178. — L'interdiction des personnes investies de la puissance paternelle n'entraîne pas de plein droit leur déchéance; il faut pour qu'elles soient déchues une activité nouvelle de l'autorité. Dans les cantons où le même organe prononcera l'interdiction et la déchéance (à Neuchâtel, p. ex.), les deux moments peuvent se confondre en fait; ils ne sont pas simultanés en droit.

L'autorité *doit* prononcer la déchéance des interdits.

179. — La mise sous curatelle et la nomination d'un conseil légal ne sont pas en elles-mêmes des causes de déchéance. Mais il peut se présenter alors, sans que l'interdiction s'impose, une incapacité de fait nécessitant le retrait de la puissance paternelle.

C. Abus d'autorité.

180. — Il s'agit du cas où les titulaires de la puissance paternelle font un usage arbitraire et préjudiciable pour l'enfant des droits que le Code leur concède¹. Cet abus doit être grave; la question de la gravité est à résoudre selon les circonstances. Il y a plus particulièrement motif de déchéance dans l'abus du droit de garde; dans le refus du père de donner une instruction solide à ses enfants, alors que ses moyens le lui permettent; dans l'abus du droit de correction; dans le fait d'imposer à l'enfant une profession sans tenir compte de ses goûts, de ses aptitudes ou de sa situation de fortune.

D. Négligences graves.

181. — Tandis que l'abus d'autorité est corrélatif aux droits des père et mère, les négligences graves dont parle l'art. 285 sont corrélatives à leurs devoirs.

¹ Art. 2, al. 2.

Le mot négligence n'a pas ici la signification technique qu'on lui donnerait en droit pénal ou en matière de responsabilité civile. Il faut l'entendre dans le sens de manquement aux devoirs imposés par la loi. Il peut y avoir intention ou négligence proprement dite: défaut d'entretien, refus de pourvoir à l'éducation de l'enfant. Les manquements doivent être graves, et comme en cas d'abus, la question de la gravité n'est qu'une question de fait.

E. Remariage de la personne investie.

182. — L'art. 286, en son 1^{er} al., statue: *Lorsque les circonstances l'exigent, un tuteur est nommé à l'enfant dont le père ou la mère, investi de la puissance paternelle, contracte un nouveau mariage*¹.

D'autre part, nous avons déjà vu, à l'art. 157, la disposition suivante: *A la requête de l'autorité tutélaire ou de l'un des parents, le juge prend les mesures commandées par des faits nouveaux; tels que le mariage, le départ, la mort du père ou de la mère.*

Il semble au premier abord, à comparer les textes ci-dessus, que l'autorité compétente pour prononcer la déchéance et le juge en matière de divorce pourront cas échéant se trouver en conflit. Cela ne manquera pas, d'ailleurs, d'arriver. Pourtant, si la délimitation des compétences respectives de ces deux organes n'est pas clairement établie par la loi, on peut la déduire sans peine du système de notre Code.

183. — L'intervention du juge, conformément à l'art. 157, est limitée au cas où les père et mère légitimes vivent encore tous deux. L'attribution des enfants, nécessité de fait, a pour conséquence l'extinction de la puissance paternelle chez l'un des époux. Ce dernier n'a pas, en général, mérité la perte

¹ De la lettre de cet article on pourrait déduire qu'il ne s'agit pas ici d'une extinction par déchéance, mais par nomination d'un tuteur. Quoique le Code ne mentionne pas le terme, c'est bien d'une déchéance qu'il s'agit et qui doit être prononcée par l'autorité compétente (Exposé des motifs, p. 219; Message du Conseil Fédéral, p. 37).

qu'il encourt. L'extinction de la puissance est une nécessité pratique ; il n'y a pas eu de déchéance.

Quand, à cause d'un nouveau mariage, l'époux gardien n'offre plus les garanties que lui avaient valu la garde, le juge, pour peu que cela soit conforme à l'intérêt des enfants, peut attribuer ces derniers à l'autre auteur (pour autant que ce dernier n'est pas incapable d'exercer la puissance paternelle ou qu'il n'en a pas été déchu). Le tribunal doit agir à la requête de l'autorité tutélaire, de l'un des père et mère ou de tous les deux.

Mais si le titulaire qui se remarie est le survivant des père et mère, ou si le juge, dans l'intérêt des enfants, refuse de les attribuer à l'autre auteur, ce dernier étant incapable d'exercer la puissance paternelle, ou parce qu'il n'offre pas de garanties suffisantes, l'autorité compétente prononcera la déchéance si les circonstances l'exigent.

L'art. 157 déroge à l'art. 286 : à moins que le détenteur de la puissance paternelle ne soit le survivant des père et mère, le juge doit se prononcer en premier lieu ; l'autorité tutélaire a l'obligation de le saisir de la question, si les parents ne le font pas eux-mêmes.

184. — Quand les circonstances l'exigent-elles ? Le critère se trouve dans le danger que courent les enfants, en particulier relativement à leurs biens. La déchéance ici ne constitue pas une tache pour celui qui la subit. C'est une simple mesure de précaution et d'opportunité. L'autorité, par exemple, prévoit que le second mari de la mère exercera sur elle un ascendant préjudiciable à l'enfant du premier lit ; elle redoute que la femme ne puisse plus administrer, dans l'intérêt de l'enfant, les biens que celui-ci possède ; or, nous le savons, le droit d'administrer est un attribut essentiel de la puissance paternelle ; ou bien l'autorité s'aperçoit que l'influence de la marâtre est mauvaise pour les enfants, etc., etc.

La déchéance semble également s'imposer quand l'enfant soumis à la puissance du titulaire qui va contracter mariage

est un illégitime que l'union projetée ne légitimerait pas, cela surtout s'il s'agit d'un adultérin ou d'un incestueux. Il n'y a pas nécessairement, dans ce cas, *nouveau* mariage ; l'art. 286 est alors applicable par analogie.

185. — L'art. 286 dit : « contracte un nouveau mariage ». La déchéance peut être prononcée avant la célébration ; elle peut l'être, *a fortiori*, après, au moment où l'autorité remarque le danger ¹.

Lorsqu'après son nouveau mariage l'auteur investi ne s'acquitte plus de ses devoirs, la déchéance peut être prononcée soit en vertu de l'art. 285, soit par application de l'art. 286.

IV. EFFETS DE LA DÉCHÉANCE.

186. — Par la déchéance, la puissance paternelle est absolument éteinte chez la personne que cette mesure atteint. Si l'un des époux seulement se trouve déchu, l'autre exerce seul tous les droits de la puissance paternelle. Quand les père et mère vivent divorcés, séparés de corps, ou si leur mariage a été déclaré nul, l'autorité tutélaire doit, conformément à l'art. 157, informer de la déchéance le juge compétent pour connaître de l'attribution des enfants.

S'il s'agit d'un enfant naturel reconnu, ou dont la filiation naturelle a été déclarée, l'autorité tutélaire peut conférer la puissance paternelle à l'autre auteur (art. 325, al. 3).

Si le titulaire déchu est le survivant des père et mère ou des adoptants ; si, en cas de divorce, de séparation de corps ou de nullité, le juge n'attribue pas l'enfant à celui des auteurs qui ne le détenait pas auparavant ; si l'autorité tutélaire enfin ne défère pas la puissance paternelle au second

¹ En droit suisse, la déchéance pour nouveau mariage est donc facultative, mais le père et la mère sont également susceptibles de l'encourir. En droit allemand, au contraire, l'extinction en cas de remariage se produit de plein droit, mais elle n'atteint que la mère ; le père investi n'est pas déchu (B. G B., § 1697). La mère peut d'ailleurs se voir déférer la tutelle (id. § 1783).

des auteurs illégitimes ; dans tous ces cas l'organisation d'une tutelle s'impose. L'art. 285, al. 2, statue : *Si le père et la mère sont déchus de la puissance paternelle, un tuteur est nommé à l'enfant* (art. 379 et suiv.).

187. — Quand la déchéance a sa cause dans le remariage du titulaire, l'un des nouveaux époux, — la mère ou le parâtre, par exemple — peut être désigné en qualité de tuteur, (art. 286, al. 2) et l'on aura la situation curieuse que voici : le père remarié est tuteur à l'égard des enfants du premier lit, tandis qu'il exerce la puissance paternelle sur ceux du second. Si la tutelle passe en tierces mains, l'auteur remarié est investi de la puissance paternelle sur les enfants issus de l'union nouvelle ; à l'égard de ceux du premier lit, il n'est qu'un éducateur soumis à la surveillance du tuteur et des autorités.

188. — Bien que le 2^{me} alinéa de l'art. 286 soit restreint aux cas de déchéance pour mariage nouveau, et qu'il n'ait pas son équivalent dans l'art. 285, rien ne s'oppose en principe à ce que la tutelle soit déférée au père ou à la mère déchus pour incapacité, abus ou négligences graves ; les droits et devoirs d'un tuteur sont très semblables à ceux du détenteur de la puissance paternelle ; mais l'activité du premier est soumise d'une manière permanente et plus intense au contrôle des autorités. En fait, il est certain que dans des cas semblables l'autorité tutélaire ne nommera pas volontiers tuteur le titulaire déchu.

Dans tous les cas de déchéance, cependant, l'enfant peut être confié par l'autorité tutélaire à ses père et mère, qui l'élèveront, sans avoir le droit de garde ; c'est alors une simple attribution de fait.

189. — L'extinction que produit la déchéance est aussi absolue que l'extinction de plein droit. Notre Code ignore la suspension de la puissance paternelle ¹. La personne déchue

¹ En droit allemand la puissance *dort* (sie ruht) quand le titulaire ne peut l'exercer à cause d'une incapacité de fait ou de droit. B. G. B., § 1676 et suiv.

est exclue de l'exercice des droits découlant de la puissance paternelle, mais elle reste tenue dans la même mesure qu'au paravant des frais d'entretien et d'éducation de l'enfant¹ (art. 289, al. 1 ; art. 272 ; art. 293). Ces frais, lorsque ni les parents ni l'enfant ne peuvent les payer, sont supportés conformément au droit public (art. 289, al. 2).

190. — Du même coup, la déchéance prive la personne qu'elle atteint des droits qu'elle peut avoir sur la fortune de l'enfant. En principe elle n'a plus ni administration, ni jouissance (art. 290 et 292). Cependant, quand la déchéance est prononcée en raison d'un fait qu'on ne peut imputer à faute au titulaire déchu, celui-ci conserve la jouissance légale dans la mesure où les revenus de l'enfant ne sont pas absorbés par les frais d'entretien et d'éducation (art. 298). Tel sera le cas lorsque la déchéance est la conséquence d'une incapacité ou de l'interdiction, si la personne déchue n'encourt pas de reproches sérieux : maladie physique ou mentale, inexpérience ou imbecillité, par exemple. Ce sera plus spécialement le cas si la déchéance se produit dans les conditions de l'art. 286.

191. — La déchéance pour cause d'incapacité, d'interdiction, d'abus d'autorité ou de négligences graves ne peut jamais être partielle. Ses effets s'étendent à tous les enfants soumis à la puissance de la personne déchue, comme à ceux qui pourraient lui naître dans la suite² (art. 285, al. 3). Si la déchéance se produit à cause d'un nouveau mariage, elle est partielle en ce sens que la personne déchue ne perd l'exercice de la puissance paternelle qu'à l'égard des enfants du premier lit ; elle l'acquiert par contre normalement sur les enfants issus de l'union nouvelle.

¹ Le premier alinéa de l'art. 289 n'est qu'une superfétation ; les obligations dont parle cette disposition sont à la charge des père et mère, non pas en vertu de la puissance paternelle, mais en vertu de la filiation (art. 272 ; 309 ; 324).

² En France, les Tribunaux peuvent ne prononcer la déchéance qu'à l'égard d'un seul enfant.

192. — L'extinction de la puissance paternelle n'est point péremptoire, irrémédiable¹. J'ai signalé, parmi les modes d'acquisition, la réintégration par l'autorité quand la cause de déchéance a disparu. C'est également, quoi qu'en disent les textes français et italien, l'autorité compétente selon le droit des cantons, qui d'office, ou à la requête du père, de la mère ou de tous les deux, rétablit ces derniers dans l'exercice de la puissance paternelle (art. 287). Ce n'est donc pas à l'autorité tutélaire de prendre une semblable décision ; mais il faut lui reconnaître, c'est évident, le droit de signaler à l'autorité compétente la disparition de la cause de déchéance.

L'autorité peut, si elle le juge à propos, ne réintégrer dans les droits de la puissance paternelle qu'un seul auteur, et refuser ce bénéfice à l'autre.

193. — Le rétablissement de l'art. 287 ne peut toutefois avoir lieu, dit le 2^e alinéa, *avant un an à compter de la déchéance* ². Ce délai se justifie quand la déchéance repose sur les motifs de l'art. 285 ; il faut, pour que cette mesure soit prise par l'autorité, des raisons importantes ; il est bon qu'un laps de temps assez long s'écoule avant que celui dont on a reconnu l'indignité ou l'incapacité puisse être rétabli dans la situation qu'il occupait auparavant.

Mais cette prescription ne se comprend plus si le retrait de la puissance paternelle a été motivé par un nouveau mariage. Si la seconde union est dissoute avant l'expiration d'un an, il semble que la réintégration pourrait avoir lieu

¹ Il en est de même en France ; les père et mère déchus ont le droit de demander aux Tribunaux que l'exercice de la puissance paternelle leur soit rendu. (Loi de 1889, art. 15.)

² En droit français le délai est de 3 ans dès l'entrée en vigueur du jugement prononçant la déchéance ; s'il y a eu déchéance de plein droit, le rétablissement ne peut avoir lieu qu'après réhabilitation.

sans délai. Le législateur n'a sans doute pas prévu ce cas ; mais le 2^e alinéa de l'art. 287 est de portée générale et son texte est formel : il faut admettre qu'on ne peut y déroger.

DEUXIÈME PARTIE

Sanction privée.

194. — L'intervention de l'autorité constitue la sanction de la société, la sanction publique. Par *sanction privée*, je désigne certains moyens à la disposition des parents et de l'enfant pour obtenir du père, ou de la mère, plus de zèle dans l'accomplissement des devoirs que leur impose la puissance paternelle.

Bien que ces moyens, pour la plupart, réclament l'office des pouvoirs publics, je les appelle *privés*, parce que leur emploi dépend uniquement de la volonté des personnes qui y recourent.

§. 1. Moyens à la disposition de l'enfant.

195. — L'enfant âgé de dix-huit ans révolus peut disposer de ses biens par testament. Il a toujours la faculté de réduire ses parents à la légitime ; la menace de cette réduction peut être, le cas échéant, un moyen de contrainte excellent pour amener les père et mère à s'acquitter consciencieusement de leurs devoirs ; la réduction elle-même sera le juste châtimement des parents coupables.

196. — Les père et mère peuvent être exhérédés par l'enfant lorsqu'ils ont gravement failli aux devoirs découlant de la puissance paternelle (art. 477).

§ 2. Intervention de l'un des époux.

197. — Art. 169 : *Lorsqu'un des époux néglige ses devoirs de famille ou expose son conjoint à péril, honte ou dommage,*

la partie lésée peut requérir l'intervention du juge. — Le juge cherche à ramener l'époux coupable à ses devoirs et, s'il n'y réussit pas, prend les mesures prévues par la loi pour sauvegarder les intérêts de l'union conjugale.

Art. 171 : *Lorsque le mari néglige ses devoirs de famille, le juge peut, quel que soit le régime matrimonial, prescrire aux débiteurs des époux d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de la femme.* Lorsque le mari ne pourvoit pas à l'entretien de ses enfants, le juge, sur la requête de la femme, doit prononcer la séparation de biens (art. 183, ch. 1).

198. — Le refus par un époux de remplir ses devoirs envers l'enfant peut constituer un motif de divorce ou de séparation de corps. On invoquera, dans ce cas, l'art. 138 (injures graves) ou cas échéant l'art. 142.

199. — En outre, tout comme l'enfant, un époux peut exhéréder son conjoint pour inaccomplissement de ses obligations envers l'enfant.

CHAPITRE V

Des attributs de la puissance paternelle.

SECTION I

Généralités.

200. — Je consacre le dernier chapitre de ce travail à l'étude des droits et des devoirs découlant de la puissance paternelle pour les personnes qui en ont l'exercice. Il s'agit uniquement de droits et de devoirs relatifs à la personne de l'enfant ; je n'ai pas à m'occuper de ceux que peuvent avoir les parents quant aux biens des enfants soumis à leur puissance.

201. — Le législateur ne pouvait déterminer tous les attributs de la puissance paternelle. La vie est trop complexe pour qu'on puisse l'enserrer toute dans des formules et prévoir tous les cas. Aussi notre loi se borne-t-elle à poser quelques principes généraux, à réglementer d'une manière plus spéciale certaines tâches et certaines prérogatives particulièrement importantes ; à côté de cela, le code s'en remet aux coutumes, aux mœurs, aux traditions des familles, et surtout aux instincts de l'affection paternelle et de la piété filiale,

qui doivent inspirer les parents dans l'exercice de leur autorité.

202. — Les droits et les devoirs de la puissance paternelle se rapportent à deux objets principaux : l'éducation et la représentation. En dehors de cela, nous verrons le droit à l'obéissance, le droit au respect et quelques autres prérogatives dont jouissent les auteurs ou l'adoptant.

203. — Les droits sur la personne de l'enfant sont déterminés non plus dans l'intérêt des père et mère, mais dans celui de l'enfant et de la société ; en d'autres termes, la loi ne les confère aux parents que pour leur faciliter l'accomplissement des devoirs qu'elle leur impose. L'intérêt de l'enfant constitue la raison d'être de ces droits et sert à en déterminer la mesure. A chaque devoir est corrélatif un droit, et réciproquement. L'inaccomplissement des obligations et l'abus des droits doivent, nous l'avons vu, provoquer l'intervention des autorités.

204. — Je laisse de côté tout ce qui touche à l'obligation alimentaire et à l'autorité domestique. Quant aux effets généraux de la légitimité, je me borne à reproduire ici l'art. 272, qui d'ailleurs se passe de commentaires : *Les père et mère supportent les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant en conformité de leur régime matrimonial. — Lorsqu'ils sont dans le besoin ou que l'enfant occasionne des dépenses extraordinaires, ou pour d'autres causes exceptionnelles, l'autorité tutélaire peut permettre aux père et mère de prélever sur les biens de l'enfant mineur la contribution qu'elle fixera pour subvenir à l'entretien et à l'éducation de celui-ci.*

Les art. 268, al. 2, 324, al. 2, 325, al. 2, 309, al. 3, prévoient un régime identique en cas de filiation adoptive ou naturelle. L'obligation de supporter les frais ne découle pas de la puissance paternelle.

SECTION II

Le respect et l'obéissance.

205. — L'art. 275, al. 1, statue : *L'enfant doit à ses père et mère obéissance et respect.* Il y a dans cette disposition deux notions d'essence et de portée différentes ; je les prendrai donc séparément.

§ I. Le droit au respect.

206. — Ce n'est là qu'un principe abstrait, qu'une règle de morale que le législateur aurait pu ne pas insérer dans la loi. Surtout ce principe ne devrait pas figurer au chapitre de la puissance paternelle. Le fait, pour les parents, d'avoir l'exercice de la puissance ou d'en être privés ne saurait avoir une répercussion quelconque sur la *reverentia*, sur l'obligation religieuse et morale de respecter les auteurs. « Honore ton père et ta mère », ce précepte admirable du Décalogue n'est que l'expression d'un instinct puissant. *Filio semper honesta et sancta persona patris rideri debet*, disait Ulpien. Que les père et mère soient investis ou non, que l'adoption ait transféré leurs droits et leurs devoirs à l'adoptant, que la filiation soit légitime ou naturelle, ce devoir de respect existe également. Sa durée dépasse celle de la puissance paternelle : le devoir de respect ne prend fin qu'à la mort. Si le législateur croyait utile de rappeler ce principe de morale naturelle, il aurait dû insérer cette disposition parmi les effets de la filiation et non pas au chapitre de la puissance paternelle.

Le C. C. fr. connaît une disposition semblable ; placé en vedette au commencement du titre de la puissance paternelle, l'art. 371 statue : « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère ».

207. — Ce droit des parents ne saurait avoir de sanction. L'on ne peut contraindre au respect, pas plus qu'à l'amour

filial : c'est un sentiment, et les sentiments ne se commandent pas. Tous les parents d'ailleurs ne sont pas dignes d'être respectés. Il peut arriver qu'un enfant n'ait que du mépris pour l'auteur dont il connaît les vices et l'infamie.

Cependant, si le droit au respect n'a pas de sanction directe, les parents disposent de moyens qui, sans être très efficaces, n'en feraient pas moins regretter à l'enfant irrespectueux sa conduite envers eux : la réduction à la légitime (art. 470 et suiv.) et, dans les cas très graves, l'exhérédation (art. 477 et suiv.).

208. — En France, certains auteurs ont prétendu que l'art. 371 du Code civil, que je citais tout à l'heure, n'était pas la déclaration d'un principe purement abstrait ; il aurait, d'après eux, une portée pratique ; il interdirait aux enfants d'intenter contre leurs parents les actions qui, à Rome, s'appelaient *famosae* ou *vindictam spirantes*, soit les actions qui tendent à déshonorer ceux qu'elles visent, à diminuer leur *existimatio*. Il n'en est pas ainsi, pas plus dans le droit français que dans le nôtre. Les enfants peuvent intenter contre leurs parents toutes actions civiles, selon les voies ordinaires.

Quant aux actions pénales, le droit des cantons est souverain ; ces derniers peuvent interdire la poursuite de certains délits commis dans le cercle de la famille¹.

§ 2. L'obéissance.

209. — Ici encore, le législateur aurait pu, sans inconvénient, garder le silence. L'obéissance est corrélatrice aux droits que les père et mère exercent selon la loi ; à tout droit correspond un devoir ; la sanction du premier implique celle du second ; il était donc superflu d'en parler.

Le devoir d'obéissance n'est pas absolu ; il n'existe que dans la mesure où il correspond à un droit de la puissance

¹ Code pénal français, art. 380 ; Code pénal neuchâtelois, art. 353 ; Code neuchâtelois de procédure pénale, art. 232, al. 3.

paternelle. En particulier, l'enfant ne saurait être tenu d'exécuter un ordre contraire aux bonnes mœurs ou à la loi.

210. — La sanction du devoir d'obéissance se trouve dans le droit de correction dont je parlerai plus loin.

211. — L'enfant peut attirer l'attention de l'autorité sur les décisions de ses parents qu'il jugerait préjudiciables pour lui, et provoquer une intervention.

Mais jusqu'à ce que la décision ait été révoquée, ou les titulaires déchus, l'enfant doit s'incliner devant la volonté de ses père et mère.

212. — Comme pour le devoir de respect, la réduction à la légitime et, le cas échéant, l'exhérédation, peuvent constituer une sanction du devoir d'obéissance.

213. — Le devoir d'obéissance prend fin avec la puissance paternelle. L'enfant majeur ou émancipé, en tant que sa capacité n'est pas limitée, ne doit, légalement, à aucun égard, obéissance à ses parents.

SECTION III

L'éducation.

§ I. En général.

214. — L'art. 159, au chapitre des effets généraux du mariage, pose, en son deuxième alinéa, le principe que les parents ont l'obligation de pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants. Ces obligations ne sont pas tant une conséquence du mariage que de la génération ; elles sont indépendantes de l'obligation de supporter les frais de l'entretien et de l'éducation.

215. — Le principe général du devoir d'entretien et d'éducation n'est pas, en regard des dispositions spéciales sur la puissance paternelle, absolument exact ; deux notions différentes sont à considérer : l'entretien de l'enfant et son éducation.

L'entretien, c'est l'ensemble des soins nécessaires pour assurer le bien-être physique de l'enfant ; l'éducation, qui dans un sens large comprend aussi l'instruction, a pour but son développement intellectuel et moral.

Ces deux notions sont également comprises quand l'art. 275 statue en son 2^e alinéa : *les père et mère sont tenus d'élever l'enfant*. Elever signifie donc donner tous les soins que réclament l'entretien et l'éducation. Nous pouvons en déduire que le principe général de l'art. 159 ne vaut que dans la mesure où les époux exercent la puissance paternelle, l'obligation de prendre soin de la personne de l'enfant et celle de veiller à son éducation étant précisément des attributs de cette puissance.

216. — En conférant les art. 159, al. 2, 275, al. 2, 283 et suiv., — spécialement 289 — et 293, on peut formuler les propositions suivantes :

Les personnes investies de la puissance paternelle ont l'obligation de pourvoir selon leurs facultés à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ; réciproquement, seules ces personnes ont le droit d'y pourvoir. Elles en supportent les frais conformément à leur régime matrimonial, dans la mesure où les revenus de l'enfant ne sont pas suffisants pour les couvrir.

Quand les personnes investies de la puissance sont dans le besoin, ou que l'enfant occasionne des dépenses extraordinaires, ou pour d'autres causes exceptionnelles, l'autorité tutélaire peut leur permettre de prélever sur les biens de l'enfant mineur la contribution qu'elle fixera pour subvenir à l'entretien et à l'éducation de celui-ci.

Si les père et mère sont déchus de la puissance paternelle, ils perdent le droit et le devoir d'élever l'enfant, mais ils restent néanmoins tenus, dans la même mesure que s'ils étaient investis, des frais de l'entretien et de l'éducation.

Quand les père et mère déchus conservent la garde de l'enfant, sans que la tutelle leur ait d'ailleurs été déférée, ils ne sont, à l'égard de ce dernier, que les mandataires, tou-

jours révocables, de son représentant légal et des autorités de tutelle ; ils n'élèvent plus l'enfant en vertu de leur droit propre.

217. — Je ne veux pas m'arrêter longtemps à l'obligation d'entretien ; elle se rapporte à la nourriture, au vêtement, aux mesures prescrites par l'hygiène, etc. ; en un mot, elle impose aux parents l'obligation de prendre tous les soins nécessaires pour assurer un développement physique normal, la santé et la vigueur corporelles. Ils doivent pourvoir à cet entretien selon leurs facultés. S'ils sont incapables d'y subvenir, sans qu'il y ait lieu d'ailleurs à prononcer la déchéance, le droit des cantons, notamment les lois sur l'assistance, déterminent comment les frais seront supportés.

Le fait que les personnes investies de la puissance n'exécutent pas cette obligation d'entretien selon leurs facultés constitue, au premier chef, un motif d'intervention pour l'autorité.

218. — A côté de l'entretien, les père et mère, en vertu du droit et du devoir qu'ils ont d'élever l'enfant, doivent pourvoir à son éducation.

Dans son sens large, le terme éducation désigne l'ensemble des soins nécessaires au développement intellectuel et moral de l'enfant. Quand il s'agit de la culture intellectuelle, on parle plus spécialement d'instruction ; quant au développement moral, c'est le but de l'éducation, ce mot étant pris dans un sens plus restreint.

L'enfant donc a droit à ce que les personnes qui exercent sur lui la puissance paternelle prennent soin de son éducation morale et de son instruction.

219. — « Le but de l'éducation, a dit Locke, doit être de former les hommes à la vertu et au bonheur. La condition nécessaire pour arriver à ce but est de chercher à leur procurer une saine raison dans un corps sain. »

La tâche de l'éducation est de former des hommes aptes à combattre dans la lutte pour l'existence, et à suffire par eux-mêmes à leurs besoins ; elle doit développer l'intelligence et

le cœur des enfants, façonner leur caractère, leur inculquer des idées-forces saines; elle doit en faire surtout des citoyens éclairés, des hommes loyaux et justes.

La société, la patrie, la famille sont également intéressées à ce que l'enfant se développe dans des conditions normales; toutes trois d'ailleurs contribuent pour leur part à cette œuvre de préparation. « L'âme de l'enfant, disait Plutarque, est une cire molle où se gravent profondément et sans effort les impressions les plus diverses. C'est aux parents d'y faire pénétrer de bonne heure les bons préceptes, de la pétrir avec soin pendant qu'elle est tendre, de la façonner au bien. »

220. — Il ne rentre pas dans mon sujet d'étudier les divers systèmes pédagogiques que l'on a préconisés. La loi sanctionne ce principe de droit naturel qu'il appartient en premier lieu aux parents de diriger l'éducation de leur enfant, de former son caractère et de meubler son intelligence. L'éducation est la tâche la plus noble et la plus importante que la puissance paternelle impose aux père et mère. Leur affection pour l'enfant est, la plupart du temps, une garantie de dévouement; ils seront perspicaces, moins par intelligence que par instinct; l'influence de la famille et celle de la tradition sont le plus souvent saines et morales; elles guident les parents dans leur tâche éducatrice. Mais la société doit les surveiller, et, le cas échéant, intervenir pour les éclairer sur les besoins et sur l'intérêt de l'enfant.

221. — L'éducation se dispense dans la famille et à l'école, par l'enseignement et par l'exemple.

Le mot éducation, au sens de l'art. 275, al. 2, doit être pris dans son sens général et abstrait. Il s'agit ici de l'acquisition des notions de morale et des connaissances scientifiques que l'on doit posséder sous peine de passer pour un illettré. La mesure de ces connaissances et de ces notions n'est pas la même pour chacun. Les père et mère doivent pourvoir à l'éducation de l'enfant selon leurs facultés. Le devoir d'un homme fortuné est, non pas différent, mais plus étendu que celui d'un ouvrier; les parents doivent consentir des sacri-

fices en relation avec leurs moyens. La sollicitude du pauvre pour les enfants qu'il élève ne doit pas être inférieure à celle d'un père aisé : le devoir d'éducation ne varie que dans l'étendue de son objet.

222. — Les personnes investies de la puissance paternelle choisissent librement, en vertu de l'art. 275, les moyens qui leur semblent les plus appropriés à l'accomplissement du devoir que leur impose la loi; elles déterminent, comme elles l'entendent, le régime physique et intellectuel auquel l'enfant sera soumis; elles peuvent l'élever à leur foyer ou le remettre à des tiers; dans ce dernier cas, elles choisissent les éducateurs auquel l'enfant sera confié.

223. — Mais la C. F., en son art. 27, prescrit pour l'enfant un minimum de connaissances. Étranger ou Suisse, chacun doit acquérir au moins l'instruction primaire. En vertu de cet article, l'obligation des parents est d'ordre constitutionnel; sous aucun prétexte ils ne peuvent s'y soustraire.

Sans préjudice des pénalités que les cantons peuvent édicter contre les parents récalcitrants, le refus de donner à l'enfant l'instruction primaire est, pour les autorités de tutelle, un motif impérieux d'intervention.

224. — Je ne veux pas étudier ici la disposition constitutionnelle que je viens de mentionner, pas plus que la jurisprudence du Conseil Fédéral. Je rappelle seulement que les cantons doivent pourvoir à ce que chacun reçoive l'instruction primaire; elle se donne dans les écoles, publiques ou privées, ou à la maison. Les parents ont le choix du moyen; mais les cantons doivent surveiller l'acquisition par l'enfant des connaissances élémentaires qu'exige la Constitution.

En rendant l'instruction primaire obligatoire pour chacun, le constituant a dû simultanément décider qu'elle pourrait être acquise gratuitement. Les cantons doivent donc instituer des écoles publiques et gratuites, sans caractère confessionnel, pour que les adhérents de toutes religions puissent y envoyer leurs enfants. Ces écoles doivent en outre présenter toutes les garanties d'hygiène désirables. C'est aux cantons

qu'il appartient de les organiser et de les diriger; la Confédération se borne à exercer une surveillance; elle n'intervient que si les dispositions constitutionnelles sont violées.

Les écoles privées peuvent être confessionnelles; la Confédération n'exige pas qu'elles soient gratuites. Mais, privées ou publiques, toutes les écoles primaires sont soumises à la surveillance des cantons; cette surveillance ne peut être exercée que par les autorités civiles.

C'est aux cantons qu'il appartient d'élaborer les programmes d'enseignement, de fixer le nombre d'années que l'enfant doit passer à l'école ou de déterminer dans quelles circonstances il peut en être libéré.

225. — Si l'instruction primaire est obligatoire pour tous, et si chacun peut l'obtenir gratuitement, il n'en est pas de même de l'instruction secondaire; celle-ci se trouve entièrement dans la compétence des cantons; il n'y a pour eux aucune obligation constitutionnelle de l'organiser. Les parents ne peuvent être tenus d'envoyer leurs enfants à l'école secondaire qu'en vertu de lois civiles.

Par application de l'art. 275, al. 2, les parents devront pourvoir, si leurs facultés le leur permettent, à l'instruction secondaire de l'enfant. Celui-ci peut alors demander qu'ils fassent ce sacrifice pour lui, et les autorités pourront les contraindre à y pourvoir.

Quant à l'instruction supérieure, elle rentre dans l'instruction professionnelle : je m'en occuperai plus loin.

226. — A l'école, l'éducation morale, abstraction faite de tout élément confessionnel, marche de pair avec l'instruction. Mais cela ne saurait suffire.

Dans le cercle de la famille, les parents ont une tâche considérable à remplir, plus spécialement dans le domaine éthique : ils doivent non seulement surveiller avec zèle l'enfant dans l'accomplissement de ses devoirs scolaires, mais encore lui inculquer des principes compatibles avec l'ordre de la société. Le dogme religieux, l'école de morale sont indifférents. L'enfant doit s'imprégner dans son milieu familial

des principes généraux, — d'une morale qu'on pourrait appeler naturelle, — qui sont à la base de l'organisation sociale : ainsi, le respect de l'autorité et celui des lois ; le sentiment du devoir ; le respect de la personne et des biens du prochain ; le dévouement à la chose publique ; le sentiment de la décence et le savoir-vivre ; sans doute aussi les éléments de la morale et de l'hygiène sexuelles.

Il faut que l'enfant acquière, à côté de connaissances littéraires et scientifiques, un ensemble de notions qui puissent lui permettre de s'adapter aux conditions de la vie moderne.

Les jeunes garçons, surtout, doivent recevoir l'enseignement de principes moraux suffisants, pour qu'ils puissent exercer un jour, sans danger pour l'État, leurs droits de citoyens.

Quand il s'agit d'un enfant, on ne peut invoquer encore la liberté d'opinion. Celle-ci, d'ailleurs, n'est protégée que dans la mesure où elle ne lèse pas les intérêts d'autrui et où elle ne se traduit pas par des actes contraires au droit.

227. — Le rôle des éducateurs prend de plus en plus d'importance avec l'avancement en âge de l'enfant. Il importe à la société que ce développement intellectuel et moral se produise normalement ; elle doit le surveiller et, le cas échéant, intervenir pour l'assurer. Son intervention se justifie toutes les fois que ce développement se trouve compromis, en quelque manière que ce soit. Le retrait de la garde, même la déchéance sont alors indiqués, surtout lorsque l'enfant ne trouve au milieu des siens que des exemples pernicieux et des enseignements contraires à la loi ou aux bonnes mœurs.

228. — Si l'enfant est infirme, ou faible d'esprit, les titulaires de la puissance paternelle sont tenus de lui donner une instruction appropriée à son état (art. 275, al. 2, in fine)¹.

¹ Cette disposition est particulière au C. C. S. Elle a été admise à la suite d'une requête émanant du *Zentralverein für Blindenwesen*. Cette société

Il serait en effet injuste et inhumain de laisser croupir dans l'ignorance des êtres infirmes ou faibles d'esprit, mais cependant susceptibles de culture. On a fait des progrès énormes dans l'éducation de ces malheureux, spécialement en ce qui concerne les aveugles, les sourds et les muets. Avec de la patience, et grâce à des méthodes ingénieuses, on arrive à faire d'un grand nombre de ces individus des êtres cultivés et utiles à la société. Mais à quoi sert de fonder des établissements spéciaux s'il n'existe pas pour les parents une obligation d'y placer l'enfant ? Il importe de préciser, de ce côté aussi, le devoir des personnes investies de la puissance paternelle.

En vertu de l'art. 275, al. 2, les père et mère doivent donc pourvoir à la culture de l'enfant infirme ou faible d'esprit. L'astriction, toutefois, n'est pas absolue ; ici, de nouveau, les parents sont tenus suivant leurs facultés. Pour peu que leurs moyens leur permettent d'en supporter les frais, ils devront procurer à l'infirmes, qui ne peut pas suivre les écoles ordinaires, une instruction appropriée à son état ; ils peuvent le placer dans un établissement *ad hoc*, ou lui donner des maîtres spéciaux : ils choisissent librement.

Le législateur, cela se comprend, ne pouvait édicter une règle sans exception. Les conditions ne sont pas les mêmes partout ; pour des campagnards, il sera plus difficile et plus coûteux de faire élever un enfant infirme que ce n'est le cas pour un citadin ; les frais de séjour dans un établissement de ce genre sont d'ordinaire assez élevés, et l'on ne saurait, sans être injuste, contraindre tous les parents à y placer leurs enfants. Les lois sur l'assistance permettront heureusement, dans bien des cas, de résoudre la question sans que le budget des père et mère indigents soit trop lourdement grevé.

demandait l'introduction du texte suivant : Les enfants atteints d'infirmités physiques ou mentales (les faibles d'esprit, les sourds-muets, les aveugles, les épileptiques), de même que des individus moralement abandonnés, doivent recevoir une instruction en rapport avec leur état.

Les autorités de tutelle interviendront au besoin pour forcer les parents, dont les facultés le permettent, à donner à leurs enfants infirmes une instruction convenable (art. 284). Dans les cas d'indigence, l'autorité tutélaire pourra retirer l'enfant à ses parents et le placer dans un établissement, même quand l'attitude de ces derniers ne motive aucun reproche. Les frais alors seront supportés conformément au droit public. Rien n'empêche d'ailleurs les autorités de tutelle de faire toutes démarches utiles pour obtenir des subsides de sociétés philanthropiques, ou même de particuliers.

229. — Le devoir d'éducation dure en principe tant que l'enfant se trouve sous puissance. Mais, en fait, très souvent les père et mère cessent bien avant de s'occuper de son développement intellectuel et moral. Tout dépend de leur situation économique et sociale. Dans les classes ouvrières, l'enfant s'émancipe en général de leur influence au moment où il quitte l'école pour entrer à l'atelier. Mais alors, si le besoin s'en fait sentir, les parents doivent reprendre en main leurs enfants et s'acquitter jusqu'au bout de leur devoir d'éducation, — je pense plus spécialement au développement moral. S'ils ne le font pas, par négligence ou par mauvaise volonté, c'est aux autorités de tutelle de leur rappeler cette tâche et de la faire exécuter.

230. — Quant à l'entretien, les parents en sont tenus dans la mesure où l'enfant n'y suffit pas lui-même ; ils doivent en particulier veiller à sa santé et prendre dans ce domaine toutes mesures préventives ou réactives qu'il convient.

A la majorité, ou à l'émancipation, l'obligation d'élever prend fin. Dès ce moment, les parents ne sont plus même tenus des frais de l'entretien ; seule l'obligation alimentaire subsiste.

231. — Dans la mesure où son éducation n'en souffre pas, les parents peuvent exiger que l'enfant travaille pour gagner son entretien ou pour procurer quelques ressources à sa

famille. L'activité de l'enfant peut être indépendante¹ ; il peut aider ses parents dans leur activité professionnelle, ou travailler aux gages d'un tiers. Le produit de son travail, dit l'art. 295, appartient aux père et mère tant qu'il fait ménage commun avec eux ; il ne peut se créer un établissement particulier si les détenteurs de la puissance paternelle ne l'y autorisent pas.

232. — Il ne faut pas, ai-je dit, que ce travail nuise à l'éducation de l'enfant. Les devoirs scolaires d'un petit porteur de lait ne doivent pas souffrir de son activité matinale. Par contre, des parents, même riches, sont en droit d'exiger que l'enfant travaille, dès qu'il a reçu une instruction en rapport avec leur situation ; ils peuvent l'occuper dans leur propre industrie, ou dans celle d'un tiers. S'il refuse de travailler, les parents ont la faculté de recourir contre lui aux moyens de correction que leur confère la loi ; mais ils ne pourraient pas, durant sa minorité, refuser purement et simplement de subvenir à son entretien.

233. — Il est évident que les parents peuvent, aussi longtemps que dure la puissance paternelle, s'opposer à ce que l'enfant se livre à un travail rémunérateur ; mais les autorités de tutelle sauront intervenir, d'office ou sur requête, s'il devait en résulter un préjudice pour l'enfant.

234. — Sont réservées les dispositions de droit public fédéral ou des cantons, — en particulier, la législation ouvrière, les lois sur la protection de l'enfance, etc., — dispositions en vertu desquelles les enfants ne peuvent être admis dans certaines industries qu'à partir d'un âge déterminé, ou par lesquelles la durée du travail quotidien de l'enfant se trouve limitée.

235. — Dans le devoir d'élever l'enfant ne rentre pas celui de l'établir : notre droit civil fédéral ne connaît pas cette obligation, pas plus que celle de doter la fille qui se marie.

Certaines législations cantonales prescrivaient l'obligation

¹ C. O., art. 34.

de doter ; en particulier celles de Berne et d'Argovie ¹. Il en est de même en droit allemand ². En France l'habitude d'établir et de doter se maintient ; elle est d'origine latine. Dans les pays du midi, la fille avait une action pour obtenir sa dot ; le principe du droit coutumier, « ne dote qui ne veut », a prévalu lors de la rédaction du C. C. fr. : l'enfant ne peut pas recourir au juge ³.

236. — L'art. 275, al. 2, énonce un principe général. Il oblige les détenteurs de la puissance paternelle à pourvoir selon leurs facultés au développement physique, intellectuel et moral de l'enfant, et leur donne le droit d'y pourvoir à l'exclusion de toute autre personne.

Le législateur a précisé sur deux points cette règle générale : relativement à l'instruction professionnelle d'abord, au point de vue de l'éducation religieuse ensuite. Je vais étudier séparément ces deux cas spéciaux.

§ 2. L'instruction professionnelle.

237. — L'art. 276, en son alinéa 1^{er}, statue : *Les père et mère dirigent l'instruction professionnelle de l'enfant*. Il s'agit ici d'un champ d'activité spécial dans le domaine de l'éducation. La disposition que je viens de citer se rapporte aux mesures que prennent les parents pour mettre l'enfant à même de gagner honorablement sa vie. Si les père et mère n'ont pas, comme je l'ai relevé, l'obligation de l'établir, ils doivent le rendre apte à se frayer un chemin lui-même.

238. — Par instruction professionnelle, il faut entendre toute instruction qui prépare à l'exercice d'une profession, que celle-ci soit libérale ou non ; les études universitaires, techniques, commerciales sont par conséquent instruction professionnelle au même titre qu'un apprentissage d'artisan.

239. — En vertu de l'art. 276, les père et mère sont obli-

¹ Huber, p. 431.

² B. G. B., §§ 1620, 1621.

³ C. C. fr., art. 204.

gés de guider l'enfant dans une carrière. Leur obligation implique une double activité : choisir la profession qu'exercera l'enfant, d'abord ; ensuite l'y préparer.

240. — Ils ont le droit et le devoir de choisir ; s'ils ne prennent pas de décision au moment opportun, les autorités de tutelle devront les mettre en demeure d'exécuter leur obligation ; mais elles n'interviendront que lorsque l'intérêt de l'enfant est menacé.

Des parents peuvent-ils refuser d'élire une profession pour l'enfant, parce que leur fortune, — ou la sienne propre, — dispense ce dernier de travailler pour le pain quotidien ? La question est délicate. Un point toutefois est certain : l'art. 276 crée un droit au profit de l'enfant ; celui-ci peut donc exiger que les titulaires de la puissance paternelle lui fassent donner une instruction professionnelle et, par conséquent, lui choisissent un état. S'ils se refusaient à le faire, les autorités, à la requête de l'enfant, devraient intervenir pour les obliger à respecter son droit. Il ne lui sera jamais préjudiciable de posséder, malgré sa richesse ou celle de ses parents, une solide instruction professionnelle ! bien au contraire.

Mais si les vues de l'enfant sont conformes à celles de ses parents, s'il est d'accord à ne rien faire, les autorités pourront-elles intervenir ? Sans doute si l'intérêt de l'enfant l'exige, si par exemple la fortune des parents n'est pas bien assise, si l'enfant est menacé sérieusement de se trouver un jour sans ressources. Non, s'il peut avoir la certitude de rester, sa vie durant, à l'abri du besoin.

Et encore, cette certitude peut-on jamais l'avoir ? Je ne veux me montrer trop affirmatif. Les institutions du droit de famille sont établies autant dans l'intérêt de la société que dans celui des particuliers. Or, il importe à la société que chaque individu, fût-il archimillionnaire, soit capable de remplir une tâche dans son sein, et que le nombre des oisifs soit réduit le plus possible... C'est là une question d'appréciation et d'opportunité, et je suis certain que les autorités de tutelle ne sauraient être blâmées pour avoir

exigé de richissimes parents qu'ils ne fassent pas de leur fils un fainéant.

Ce que je viens de dire concerne les garçons comme les filles. L'intérêt de ces dernières n'exige pas toujours, il est vrai, qu'elles apprennent un métier. Le rôle que la nature les destine à jouer, la conduite d'un ménage et l'éducation des enfants, elles sauront le tenir sans instruction spéciale. Mais si une jeune fille tient à recevoir une instruction professionnelle, elle peut l'exiger; ses père et mère alors sont tenus de la lui donner.

241. — Cependant, quant au choix de la profession, la liberté des père et mère n'est pas absolue. Le 2^e al. de l'art. 276 la limite comme suit : *Ils tiennent autant que possible compte de ses forces, de ses aptitudes et de ses vœux.*

242. — Autant que possible ? — Ces mots sont corrélatifs au « selon leurs facultés » de l'article précédent ; ils introduisent dans le devoir des père et mère un élément de relativité. Il faut résoudre la question de la possibilité selon les circonstances ; elle peut dans bien des cas se trouver exclue, sinon pour le facteur « forces », du moins pour les deux autres.

Les autorités de tutelle pourront toujours intervenir, si les parents, même du consentement de l'enfant, poussaient ce dernier dans une carrière pour laquelle il ne possède pas les forces voulues, — il s'agit ici de forces physiques, uniquement¹.

Il ne faut pas qu'on fasse un manœuvre d'un gringalet, un puddleur, ou un verrier, d'un poitrinaire ! Une pareille inconséquence peut généralement être empêchée sans qu'il en résulte un préjudice pour qui que ce soit.

243. — Quant aux aptitudes et aux vœux de l'enfant, on en tiendra compte dans la mesure du possible. La prise en considération de ces deux facteurs sera souvent exclue ; d'abord dans les couches inférieures de la société, où l'enfant, dès son licenciement de l'école primaire, est appelé à

¹ Comp. le texte allemand : *Körperliche Fähigkeiten.*

gagner sa vie, à venir en aide à ses parents; où ceux-ci ne sauraient être tenus de donner une instruction professionnelle proprement dite; où l'accomplissement de leur devoir se borne en général au choix de l'usine ou de l'atelier. Elle peut être exclue également dans les classes les plus aisées: il importe, par exemple, à un industriel que son fils lui succède à la tête de son entreprise; la fortune d'un père peut dépendre du concours que ses enfants lui prêteront dans son activité.

244. — Mais, pour autant que la chose est possible, les père et mère doivent tenir compte des forces de l'enfant, de ses aptitudes et de ses vœux. J'ai déjà parlé de l'élément de vigueur corporelle qui peut en général être pris en considération.

Quant aux aptitudes dont parle la loi, ce sont les aptitudes intellectuelles. Les parents, qui ont élevé l'enfant, les maîtres dont il a suivi les leçons, en premier lieu, sont capables de les juger. Ce doit être un devoir, pour un bon pédagogue, de communiquer aux père et mère ses impressions et ses observations, de les renseigner sur les aptitudes de son élève, de signaler, le cas échéant, aux autorités, la bévue que les parents vont commettre en engageant l'enfant dans une voie pour laquelle il n'est point qualifié.

Si l'intérêt de l'enfant le commande, les autorités interviendront, discrètement d'abord; elles enverront, par exemple, chez les parents des personnes de confiance (des amis de la maison, le pasteur de la paroisse) qui leur ouvriront les yeux, leur suggéreront qu'ils sont en train de faire fausse route. Les autorités devront accentuer leur intervention, si les père et mère, malgré les avis qu'ils ont reçus, continuaient à méconnaître les aptitudes de l'enfant.

245. — Ses vœux enfin. L'individu exerce sa profession avec d'autant plus de courage et de perfection, qu'elle est plus conforme à ses goûts. Contrarier une vocation, c'est provoquer une perte d'énergie; les vœux de l'enfant devront être pris en considération chaque fois que la chose sera pos-

sible. L'enfant a le droit d'être entendu et de manifester ses désirs. Si les père et mère méconnaissent arbitrairement ce droit, alors qu'ils pourraient le respecter sans préjudice pour eux ni pour l'enfant, les autorités de tutelle interviendront. Elles le feront *a fortiori* lorsque l'enfant possède des biens personnels.

246. — Certes, il n'y a pas de sot métier. Mais il en est qui procurent une somme plus grande de jouissances, tant matérielles qu'intellectuelles. L'individu tend constamment vers un bien-être plus grand; il est humain de lui en faciliter l'acquisition. La profession, le plus souvent, détermine la place de l'échelle sociale qu'il occupera. Plus on s'éloigne d'en-bas, mieux on est qualifié pour servir l'économie nationale et le progrès; il importe donc à la société de favoriser cet essor de l'individu vers un bien-être toujours plus grand.

L'on ne saurait tolérer, dès lors, qu'un père fortuné fasse de son fils un chiffonnier; qu'il le destine à une condition inférieure quand tout lui permet, au contraire, de l'élever dans les sphères sociales ¹. Le législateur suisse s'est montré heureusement inspiré en limitant la liberté des parents relativement au choix de la carrière que suivra leur enfant.

247. — Les autorités de tutelle interviendront sur requête; la mère, l'enfant, des tiers même peuvent attirer leur attention; mais elles pourront intervenir aussi d'office, même si l'enfant se ralliait à la décision des titulaires de la puissance paternelle. L'intervention serait fondée sur le principe général de l'art. 283; les parents, comme les enfants, peuvent être aveuglés, méconnaître involontairement l'intérêt de ces derniers; les uns et les autres pourraient se repentir amèrement un jour d'avoir agi sans prévoyance et avec légèreté; la société a le devoir de protéger l'enfant même contre son gré ².

¹ Au Parlement de Paris, le 28 juin 1607, un père, qui ne voulait faire apprendre à ses enfants naturels que le métier de boucher ou boulanger, fut condamné à leur choisir une profession moins vile !

² Les autorités peuvent-elles intervenir, officieusement, lorsque des parents

248. — Après le choix de la carrière vient l'instruction professionnelle. L'enfant doit acquérir les connaissances théoriques et pratiques indispensables à l'exercice de son métier.

Remarquons d'abord que chaque profession ne présuppose pas un enseignement ou un apprentissage ; il en est ainsi pour les manœuvres, les portefaix. La prescription de l'art. 276 ne vaut que si la profession choisie exige une période de préparation. Dès que cette instruction est nécessaire, les père et mère sont tenus d'y pourvoir avec diligence et dévouement. Qu'il s'agisse d'un apprentissage commercial ou manuel, ou d'études supérieures, ils doivent mettre l'enfant à même d'acquérir toutes les connaissances qu'exige l'exercice du métier. Les parents conservent le choix du moyen ; ils peuvent diriger eux-mêmes l'instruction, ou la confier à des tiers, maîtres d'état, professeurs, etc. Naturellement, l'instruction professionnelle à domicile tend à disparaître ; la spécialisation devient toujours plus grande ; la science apporte sans cesse dans tous les domaines de nouveaux perfectionnements ; le plus souvent les parents devront recourir à l'instruction donnée en dehors de la maison.

L'enfant a le droit d'exiger une instruction professionnelle solide et suffisante, pour qu'il puisse exercer correctement sa profession ; le cas échéant, il pourra s'adresser aux autorités pour sanctionner son droit.

249. — Les parents ont-ils le droit de revenir sur leur décision lorsque l'enfant a commencé déjà son instruction professionnelle ? Certainement, si l'intérêt de ce dernier n'en souffre pas. Si, par contre, cet intérêt venait à se trouver compromis, les père et mère ne pourraient prendre de résolutions nouvelles qu'en les basant sur de justes motifs. L'enfant, par exemple, a commencé des études universitaires ;

engagent leur enfant dans des études dont ils ne pourront sans doute supporter les frais, lorsqu'ils se trompent sur l'étendue probable de ces derniers ? Oui, mais il s'agirait ici d'un conseil, et non pas d'une intervention proprement dite.

mais la ruine atteint ses parents, le père meurt ou devient incapable de subvenir aux frais des études : ce sont autant de circonstances qui justifient une décision nouvelle.

L'inconduite de l'enfant est-elle un juste motif ? Oui, pour autant que la peine n'est pas excessive. Un étudiant ne travaille pas ; son père peut en faire un commerçant ; mais il ne pourrait le mettre en apprentissage chez un savetier ; la mesure serait ridicule.

Les père et mère, en tous cas, ne peuvent pas abandonner l'enfant à son sort tant qu'il est soumis à leur autorité. Son inconduite ne les dispense pas de le mettre à même de subvenir à ses besoins.

250. — Tout le domaine du choix de la carrière et de l'instruction professionnelle est dominé par le principe de l'intérêt du mineur, tempéré par des considérations d'opportunité et d'équité.

251. — Les frais de l'instruction professionnelle sont supportés conformément aux règles générales en matière d'éducation ; mais les parents ne sont pas tenus de ces frais au delà de la majorité ou de l'émancipation ; s'il leur plaît de couper leurs subsides à l'étudiant majeur, personne ne saurait les en empêcher ¹.

252. — Restent réservées les lois de droit public sur la législation ouvrière, la protection de l'enfance, etc., ainsi que toutes dispositions concernant le contrat d'apprentissage.

§ 3. L'éducation religieuse.

253. — La C. F. de 1874 a unifié, pour la Suisse entière, les compétences des parents et des autorités relativement à l'éducation religieuse de l'enfant.

¹ Je parle ici de l'obligation *ex lege*. Mais selon les circonstances, il serait possible d'admettre, qu'en envoyant son fils à l'Université, en lui choisissant une carrière pour laquelle une longue préparation est nécessaire, un père a contracté tacitement au profit de l'enfant l'engagement de supporter jusqu'au bout les frais d'instruction professionnelle. L'obligation, à partir de la majorité, serait ainsi contractuelle (C. O. art. 30, al. 2 ; C. C. S. art. 19, al. 2).

Après avoir déclaré au 2^{me} al. de l'art. 49 que *nul* ne peut être contraint de suivre un enseignement ou d'accomplir un acte religieux, elle prescrit au 3^{me} al. du même article que « la personne qui exerce l'autorité paternelle ou tutélaire a le droit de disposer, conformément aux principes ci-dessus, de l'éducation religieuse des enfants jusqu'à l'âge de 16 ans révolus ».

A première vue on croit apercevoir une contradiction entre ces deux alinéas ; elle n'est qu'apparente néanmoins, plus dans la lettre que dans l'esprit : la disposition concernant les mineurs de 16 ans déroge au principe général qu'énonce le 2^{me} alinéa.

254. — Le législateur a introduit dans le Code civil la règle constitutionnelle concernant l'éducation religieuse des mineurs de seize ans. L'art. 277 statue : *Les père et mère disposent de l'éducation religieuse de l'enfant.*

Contrairement à ce qu'en dit M. Müller¹, l'art. 277 du Code civil ne peut avoir qu'un effet purement déclaratif ; le principe qu'il rappelle demeure d'ordre constitutionnel ; il ne devient pas de droit civil : l'art. 49 de la C. F. en reste la base et prime la disposition nouvelle ; le législateur aurait pu se borner à le rappeler dans le Code, ou mieux encore, n'en point parler du tout.

En conséquence, l'art. 277 est inconstitutionnel dans la mesure où il s'écarte du 3^e al. de l'art. 49 C. F.²

255. — L'inconstitutionnalité de l'art. 277 éclate sur un point. Tandis que dans la C. F. nous lisons « la personne qui exerce l'autorité paternelle », le Code civil parle des « père et mère ».

La C. F., ai-je dit, prime l'art. 277. Or, « l'art. 49, al. 3, doit

¹ Müller, p. 62 et suiv.

² Le B. G. B. a laissé de côté la question de l'éducation religieuse des enfants ; il a réservé cette matière aux droits particuliers des États confédérés (Loi d'introd. art. 134). En droit français, il n'y a pas de disposition spéciale ; cette matière fait partie du domaine de l'éducation, et se trouve ainsi régie par les règles générales.

être interprété en ce sens que l'éducation religieuse des enfants ne doit dépendre que d'une seule volonté, savoir celle de la personne qui exerce sur eux, en général, la puissance reconnue par le droit des personnes et de famille. Ce qui confirme cette interprétation, c'est que le Conseil des États n'a pas adopté la proposition faite en son sein au cours des délibérations concernant la C. F., de remplacer les mots « autorité paternelle » par les mots « autorité des parents » (Procès verbaux des délibérations des Chambres fédérales concernant la revision de la C. F. année 1873-1874, page 372, proposition Stamm, séance du 28 janvier 1874). En conséquence, la mère participant à la puissance des parents sur leurs enfants ne peut en aucun cas intervenir d'une façon décisive dans la question de l'éducation religieuse de ces derniers. Pareil droit ne pourrait lui être reconnu que dans le cas où c'est elle qui véritablement est investie de l'autorité paternelle ou tutélaire. ¹ »

En vérité, l'on peut dire que, lors de la revision constitutionnelle, on ne parlait guère de l'exercice en commun et que le constituant aurait adopté peut-être la solution du C. C. S. s'il avait prévu cette évolution ; ce n'est pas impossible. Néanmoins la Constitution reste la loi organique de l'État ; il n'appartient pas à des lois civiles d'y déroger. La question de l'éducation religieuse doit être résolue conformément au principe de l'art. 49. Par conséquent, j'estime, — bien qu'en fait il n'y ait pas de différence entre les deux systèmes, — que l'art. 277 est inconstitutionnel au point de vue de l'attribution du droit de disposer de l'éducation religieuse.

256. — Une seule personne dispose ainsi de cette éducation. Quand il n'y a qu'un titulaire de la puissance paternelle, il ne se présente aucune difficulté. Si deux époux exercent la puissance en commun, le droit d'éducation religieuse appartient exclusivement à celui dont la volonté pré-

¹ A. T. F., XXIII, p. 20 et suiv., recours Störi (Salis, III, n° 1009).

vaut, donc au père tant qu'il est effectivement investi. Dans ce cas, l'opinion de la mère ne peut avoir aucune valeur juridique ; les deux premiers alinéas de l'art. 274 ne trouvent point d'application ; la Constitution ne donne pas à la mère le droit d'être entendue.

Par contre, dès que la femme, par suite de la déchéance ou de l'incapacité de son conjoint, exerce la puissance avec pouvoir de décision, c'est à elle de diriger l'éducation religieuse de l'enfant.

C'est la seule solution compatible avec la disposition constitutionnelle que le Code civil ne peut abroger.

257. — L'éducation religieuse, c'est l'action de développer chez un individu par l'exemple, par la parole ou de toute autre manière, des notions et des sentiments relatifs à un système métaphysique sur l'existence d'un Dieu.

Elle comprend ainsi non seulement un enseignement historique et philosophique sur l'origine de l'univers et sur les manifestations de la volonté divine ici-bas, mais encore tout enseignement moral, toute éducation de l'âme et de la volonté, basés sur une religion, celle-ci pouvant être d'ailleurs négative aussi bien que positive.

258. — Le droit de disposition des art. 49 C. F. et 277 C. C. S. est absolu ; la liberté de la personne appelée à décider de l'éducation religieuse de l'enfant n'est limitée en aucune façon ; aucun autre individu, aucune autorité ne saurait contrôler ou intervenir. L'abus de son droit par la personne qui l'exerce ne peut être un motif de déchéance ; l'enfant lui-même ne saurait protester ; l'autorité du père est despotique¹.

259. — Le droit de disposer de l'éducation religieuse est négatif aussi bien que positif ; le titulaire peut donner cette éducation à l'enfant ou la lui refuser ; s'il la lui donne, il choisit librement la confession ; il est sans importance que celle-ci soit nationale ou reconnue par l'État ; le titulaire n'a

¹ A. T. F. XXIII, p. 22.

pas à tenir compte non plus de sa propre confession : un catholique peut faire de son fils un musulman, ou l'élever selon les principes de l'athéisme. Il possède de plus un *jus variandi* ; le droit de choisir une confession nouvelle est une conséquence directe du droit de disposition que proclame la Constitution. Donc, après lui avoir fait enseigner le catéchisme protestant, le titulaire peut convertir l'enfant au culte catholique, et vice versa, ou l'élever selon les théories des athées ; le degré d'avancement de l'éducation dans la première confession n'entre pas en ligne de compte ¹. Il n'importe pas davantage qu'une église déterminée ait considéré déjà l'enfant comme l'un de ses fidèles. Les autorités ne peuvent pas s'informer des motifs d'un pareil changement ; elles ne sauraient refuser de le reconnaître et de le sanctionner sous prétexte qu'elles ne trouvent pas logiques les raisons qui l'ont inspiré ².

260. — La conséquence de ce principe est que les écoles publiques doivent présenter un caractère d'absolue laïcité, afin qu'elles puissent être fréquentées par les adhérents de toutes les confessions ³. Cette règle s'étend à toutes les écoles publiques, même à celles dont la fréquentation n'est pas obligatoire. Si l'on y donne un enseignement confessionnel, celui-ci doit être facultatif et le titulaire du droit de disposition peut interdire à l'enfant d'y participer.

En conséquence la participation à un enseignement religieux ne peut pas être l'objet d'une contrainte légale ⁴, et les cantons ne peuvent ranger cet enseignement parmi les branches obligatoires de l'instruction publique. Les écoles privées peuvent être confessionnelles.

261. — Si le père a le droit de réclamer la laïcité de l'école publique, il ne peut par contre refuser d'envoyer l'enfant à l'école un jour de fête religieuse ; l'État peut ne pas admet-

¹ A. T. F. XXIII, p. 1491, c. 4.

² Décision du Conseil Fédéral, 25 mars 1887 (recours Sudler), Salis III, n° 1005.

³ C. F. art. 27, al. 3.

⁴ A. T. F. XXIII, p. 1366.

tre comme un motif d'absence la célébration d'une fête semblable ; une solution contraire serait préjudiciable à l'ordre et à la discipline.

Un israélite, par conséquent, doit envoyer son enfant en classe le jour du sabbat, et les adventistes du septième jour ne peuvent pas plus se soustraire à la discipline de l'école qu'ils ne peuvent refuser le service militaire ¹.

Si la personne investie du droit de disposition se sent froissée par là dans ses convictions, elle peut retirer son enfant de l'école publique et lui faire donner d'une autre façon l'enseignement prescrit par la loi ; si elle n'en a pas les moyens, elle ne peut que se soumettre. Nul ne peut pour cause d'opinion religieuse s'affranchir de l'accomplissement d'un devoir civique ².

262. — Quand la puissance paternelle s'éteint en la personne du père, ou qu'il est matériellement incapable de l'exercer, la mère dispose de l'éducation religieuse de l'enfant. Si par suite d'adoption, de décision judiciaire ou administrative, il se produit un changement subjectif dans l'attribution de la puissance paternelle, le nouveau titulaire se trouve exclusivement investi du droit de disposer de l'éducation religieuse de l'enfant.

A supposer que le père fût catholique, la mère protestante, investie de la puissance, peut dès l'instant où la volonté du mari ne prime plus la sienne, imposer à son enfant un changement de confession. Le droit de disposition du nouveau titulaire n'est pas moins absolu que celui du premier.

263. — Le système de notre droit constitutionnel est évidemment mauvais. Certes, l'État laïque ne peut prescrire une éducation religieuse pour l'enfant, pas plus qu'il ne pourrait l'interdire ; il est opportun et logique de laisser au père ou à la mère le droit de disposer de cette éducation. L'on peut admettre aussi que lorsque les convictions de cette

¹ Salis V, p. 630 et suiv.

² C. F., art. 49 al. 5.

personne viennent à évoluer, ce revirement puisse avoir sa répercussion sur l'éducation religieuse de l'enfant.

Mais notre système est regrettable en tant qu'il permet au titulaire du droit de disposition de modifier sans cause légitime l'éducation religieuse de l'enfant d'abord, ensuite en tant qu'il rend possible un changement dans cette éducation comme conséquence d'un événement absolument extérieur et sans rapport avec elle : la mort, l'adoption, le divorce, etc. L'instabilité dans l'éducation religieuse de l'enfant peut entraîner les pires conséquences ; un changement brutal dans ce domaine peut avoir une répercussion douloureuse sur son existence entière, déterminer une dépression morale, déclencher un scepticisme instinctif et décourageant. Il eût été bon de prévoir l'intervention de l'autorité lorsque le titulaire abuse de son droit au préjudice de l'enfant. Surtout il aurait fallu imposer à la personne qui prend la succession d'une autre dans le droit de disposition, l'obligation légale de respecter l'éducation religieuse première, lui interdire tout changement, ériger en principe la survivance de la volonté du premier titulaire.

Quand l'autorité devra nommer un tuteur, elle saura généralement désigner une personne qui, selon toutes probabilités, respectera le *statu quo* en matière d'éducation religieuse. Il est à souhaiter que le juge, statuant sur l'attribution, sache prendre en considération les conséquences qu'elle peut avoir dans ce domaine ; que l'autorité n'autorise l'adoption qu'en ayant la certitude de voir l'éducation acquise respectée par l'adoptant ; que l'autorité tutélaire enfin n'attribuera pas la puissance paternelle à l'un des auteurs illégitimes, s'il est à craindre que ce dernier ne prenne des dispositions nouvelles concernant l'éducation religieuse de son enfant.

Mais si le droit de disposer de cette éducation revient à la mère ensuite du décès, de la déchéance ou de l'empêchement de son époux, on ne peut sauvegarder les intérêts de l'enfant. Espérons que les personnes investies de ce droit seront suffisamment éclairées et intelligentes pour ne pas compromettre

tre stupidement, par étroitesse ou fanatisme, à la fois son bien-être religieux et moral, et l'équilibre de son entendement.

264. — A l'âge de seize ans révolus, l'enfant échappe, en ce qui concerne son éducation religieuse, au droit d'autrui : dès lors, il dispose seul de sa personne pour tout ce qui a trait au sentiment religieux ; c'est une majorité spéciale que lui reconnaît la constitution ; il acquiert la pleine liberté de croyance et plus personne ne peut la limiter.

Il faut le reconnaître, cette liberté n'est souvent que théorique ; en fait elle est fort précaire. Les titulaires de la puissance paternelle pourront toujours exercer des pressions diverses sur la volonté de l'enfant afin de supprimer la faculté qu'il a de choisir librement sa confession. « Si tu n'assistes pas au culte chaque dimanche, disait un père à son enfant, tu n'auras plus d'argent de poche », — et nous savons tous, que pour un jeune homme de seize ans, un argument de ce genre vaut d'être pris en considération !

265. — Sont nulles toutes conventions qui limiteraient, quant à l'éducation religieuse de l'enfant, la liberté de la personne qui a le droit d'en disposer, art. 277, al. 2. C'est une conséquence logique de notre principe constitutionnel et la loi pouvait se passer de la mentionner. D'ailleurs, pas plus en matière d'éducation religieuse que dans les autres domaines de la puissance paternelle, on ne peut déroger conventionnellement aux règles fixées par le droit, puisqu'elles sont d'ordre public.

266. — Lorsque l'autorité tutélaire retire aux père et mère la garde de l'enfant (art. 284), le père, ou à son défaut la mère, conserve le droit de diriger l'éducation religieuse. Seule la déchéance peut les en priver.

267. — Il arrive fréquemment, surtout lors de la conclusion d'unions mixtes, que les futurs époux conviennent, soit par contrat de mariage, soit dans un acte *ad hoc*, d'élever leurs enfants dans une religion déterminée. De semblables engagements constituent une limitation du droit absolu que

la C. F. reconnaît à la personne dont la volonté l'emporte dans l'exercice de la puissance paternelle. Ces engagements sont par conséquent nuls de plein droit ; ils créent une simple obligation morale que les parties ne peuvent être tenues d'exécuter. Tant qu'il est investi de l'autorité paternelle, le père n'en conserve pas moins une liberté illimitée ; la mère de même, dès l'instant où elle acquiert le droit de disposer de l'éducation religieuse de l'enfant, peut, en dépit de toute convention, agir selon son bon plaisir.

268. — De nouveau, le système du droit fédéral est regrettable. L'inobservation de conventions de ce genre peut déchaîner des troubles profonds dans l'union conjugale et compromettre le bien-être de l'enfant.

En droit français la doctrine et la jurisprudence admettent aussi la nullité des conventions relatives à l'éducation religieuse de l'enfant¹ ; mais certains auteurs regrettent avec raison cette solution. « Le contrat de mariage est la charte de la famille, dit M. Planiol, et l'on ne voit pas quel avantage il y aurait à autoriser la violation de cette sorte d'engagements. La stabilité de ces conventions est désirable ; c'est le seul moyen de maintenir la concorde dans les mariages mixtes². »

269. — On avait proposé, lors de l'élaboration des projets de notre Code, d'ajouter à l'art. 277 la disposition suivante : « Les parents ont le droit de prendre dans un contrat de mariage qui demeurerait obligatoire pour le survivant, des dispositions concernant l'instruction religieuse de leurs enfants, et de désigner, dans un testament commun, un tuteur auquel seraient transférés les droits des parents relativement à l'instruction religieuse des enfants. » La proposition fut rejetée, avec raison. Quoiqu'une idée juste et généreuse l'eût inspirée, on ne pouvait l'admettre ; la disposition

¹ Cela en vertu des art. 6 et 1388 du Code Napoléon, qui interdisent de déroger par des conventions particulières aux lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs.

² PLANIOL, I, p. 528.

n'aurait pas été constitutionnelle. C'est la C. F. elle-même qu'il faudrait reviser.

270. — Ajoutons pour terminer que l'inobservation des conventions dont parle l'art. 277 ne peut constituer par elle-même une injure grave au sens de l'art. 138 ; mais les querelles intestines qui en seraient la conséquence pourraient provoquer le divorce ou la séparation de corps ; le juge dans cette occurrence saura tenir compte de la mauvaise foi du père en statuant sur les responsabilités ¹.

**§ 4. Des droits que la puissance paternelle confère aux personnes qui l'exercent,
pour leur permettre de remplir leur tâche d'éducation.**

I. LE DROIT DE GARDE.

271. — La garde, nous l'avons vu, c'est le fait de détenir l'enfant ; par *droit de garde* il faut entendre la faculté qu'ont les personnes investies de la puissance paternelle de fixer à leur gré la résidence² de l'individu qui leur est soumis et de déterminer les rapports qu'il peut avoir avec des tiers. Il serait impossible aux père et mère d'exécuter les obligations que la loi leur impose, si l'enfant avait la faculté de se dérober à leur surveillance et à leur autorité, ou s'il pouvait être arbitrairement soustrait à leur direction.

272. — Si le Code suisse ne parle pas de droit de garde, il en connaît l'institution ; il est le complément indispensable du droit d'éducation, celui-ci ne pouvant s'exercer à défaut de celui-là. En outre, le 1^{er} alinéa *in fine* de l'art. 273, d'après

¹ En droit français la doctrine et la jurisprudence admettent que l'inobservation par le mari d'une convention sur l'éducation religieuse des enfants constitue une injure grave dont la mère peut se prévaloir.

² La résidence, non pas le domicile ; celui-ci est d'ordre public. L'enfant sous puissance ne peut avoir un domicile particulier, distinct de celui de la personne exerçant sur lui la puissance paternelle (art. 25).

lequel l'enfant ne peut être enlevé sans cause légitime à ses père et mère, pose le principe de ce droit.

273. — En vertu du droit de garde les titulaires de la puissance paternelle peuvent contraindre la personne soumise à leur autorité, à demeurer au lieu qu'ils lui ont fixé; ils peuvent la garder à leur foyer, ou la placer chez toute autre personne qu'ils désignent librement.

L'enfant ne peut quitter la résidence qui lui est assignée sans l'autorisation, expresse ou tacite, de ses père et mère. Avant d'avoir la capacité civile, il ne dispose pas de sa liberté d'aller et venir; il n'a pas le droit de s'absenter, même pour une promenade, sans y être autorisé.

274. — Le droit de garde permet de même aux titulaires de la puissance paternelle de déterminer les rapports que l'enfant peut avoir avec des tiers, que ces derniers soient d'ailleurs liés ou non à l'enfant par des liens de parenté. Les père et mère permettent ou interdisent à la personne soumise à leur autorité de fréquenter telle personne ou telle société, de recevoir des visites, ou d'en faire, de correspondre avec l'extérieur de quelque manière que ce soit; ils ont le droit de prendre connaissance des lettres adressées à l'enfant et de celles qu'il expédie, de les retenir ou de les supprimer.

Mais dans ce domaine aussi l'exercice de la puissance paternelle n'est légitime que dans la mesure où l'intérêt de l'enfant n'en souffre pas. Ainsi l'interdiction, sans motifs respectables, de visiter des parents ou de correspondre avec eux; constitue un abus donnant aux autorités le droit d'intervenir.

275. — Le droit de garde permet à la personne investie du droit de disposition d'orienter comme il lui convient l'éducation religieuse de l'enfant. Elle peut interdire à celui-ci de fréquenter telle église, tel ecclésiastique, telle communauté dont l'influence serait contraire à ses intentions. Les membres de certains clergés prêchent souvent, dans l'ombre, des doctrines subversives de toute puissance paternelle, pour dominer plus puissamment la jeunesse.

276. — La loi limite elle-même le droit de garde dans certaines éventualités. En cas de divorce, de séparation de corps, de nullité de mariage, celui des parents auquel les enfants ne sont pas confiés a le droit de conserver avec eux les relations indiquées par les circonstances (art. 156, al. 3). Le juge peut déterminer le caractère de ces relations après avoir entendu les père et mère et au besoin l'autorité tutélaire¹ (art. 156, al. 1). D'autre part, en ce qui concerne les enfants illégitimes, l'art. 326 statue en son 1^{er} al. : *La mère a le droit de conserver avec son enfant, s'il vit sous la puissance du père, les relations personnelles indiquées par les circonstances*. Le Code ne renferme aucune règle analogue au profit du père naturel.

Pour le surplus, la liberté d'appréciation des autorités de tutelle est pleine et entière.

277. — Quand l'enfant est remis à un tiers, — et j'entends par tiers toute personne n'ayant pas l'exercice de la puissance paternelle, au directeur d'un pensionnat, par exemple, aux parents déchus, ou aux aïeuls, — le tiers a la garde de l'enfant, c'est-à-dire sa détention matérielle. Le droit d'en disposer reste aux personnes investies de la puissance paternelle ou tutélaire qui ne sauraient l'aliéner.

Par contre les titulaires de la puissance paternelle peuvent, d'une manière expresse ou tacite, déléguer au tiers détenteur, en tout ou en partie, l'exercice de leurs droits; cette délégation se déduit le plus souvent des circonstances. En confiant l'enfant au chef d'un pensionnat, en adhérant au règlement d'un institut ou d'un atelier, on donne en même temps au gardien le droit de retenir l'enfant auprès de lui; le tiers exerce en lieu et place des titulaires les droits de la puissance ou certains d'entre eux. Mais cette délégation est toute précaire; à chaque instant les père et mère peuvent y mettre un terme; leur volonté prime toujours celle du tiers.

¹ B. G. B., § 1632, 1635, 1636.

278. — Lorsque les parents remettent l'enfant à des tiers, ensuite d'une convention, ils conservent le droit de le reprendre dès que cela leur plaît ; les clauses du contrat (contrat d'apprentissage, mandat, louage de services, etc.) ne sauraient le limiter ; le gardien doit, dès lors, à première réquisition, leur transférer la garde de l'enfant, ou la remettre à la personne que les parents lui désignent ; en particulier, il n'y a sur l'enfant aucun droit de rétention.

Les titulaires de la puissance paternelle peuvent néanmoins être tenus, conformément aux dispositions sur l'exécution des obligations, de réparer le préjudice que subit le tiers ensuite d'un retrait prématuré.

279. — Le *pater-familias* romain pouvait réclamer les enfants en puissance au moyen de l'action qui sanctionnait le droit de propriété — la revendication — à laquelle vinrent s'ajouter plus tard des interdits spéciaux.

Dans notre droit, si l'enfant quitte la résidence qui lui est assignée, contre la volonté des personnes exerçant le droit de garde, celles-ci peuvent recourir à tous les moyens licites afin de l'y ramener ; elles pourront au besoin faire appel à la force publique. Il en est ainsi, en principe, même si l'enfant s'est enfui pour avoir été maltraité¹ ; les autorités interviendront le cas échéant.

280. — Nous avons vu déjà, au chapitre précédent, que le droit de garde est des plus précaires dans le système de notre Code. L'art. 284 permet à l'autorité tutélaire de le retirer aux personnes investies de la puissance paternelle, dès que l'intérêt de l'enfant justifie cette mesure. En particulier, l'abus du droit de garde est un motif de déchéance ou de retrait. Quand y a-t-il abus ? La question est à résoudre selon les faits.

Restent réservées les dispositions du droit répressif si

¹ La Cour de Caen a jugé, le 31 décembre 1811, qu'il n'appartenait pas à l'enfant de se faire justice à lui-même ; que s'il a des raisons de se plaindre, il doit s'adresser aux Tribunaux et demander l'autorisation de se retirer dans un lieu désigné par les magistrats.

l'abus constitue un délit, — par exemple, en cas de séquestration.

281. — Les tiers qui porteraient atteinte au droit de garde des père et mère peuvent avoir à répondre de leurs actes, civilement aussi bien que devant les tribunaux d'ordre pénal. Rappelons à cet égard les délits d'enlèvement, de détournement de mineurs et de séquestration.

II. DROIT DE CORRECTION.

282. — Le devoir d'éducation implique le droit de correction ; celui-ci n'est que le corollaire de celui-là ; il est la sanction directe du devoir d'obéissance.

L'origine du droit de correction est aussi ancienne que celle de la famille elle-même. Nous le retrouvons dans toutes les civilisations ; il est si naturel que toutes les lois ne le mentionnent pas. On ne peut concevoir une tâche éducatrice sans mettre à la disposition de ceux que l'on en charge des moyens coercitifs.

283. — A l'origine des civilisations, le droit de correction était brutal et absolu. A Rome, le *pater* pouvait frapper les personnes soumises à sa puissance de tous les châtimens corporels ; même de la peine de mort, — *jus vitae necisque* ; son droit ne fut énergiquement restreint que sous l'Empire. Dès les temps des Sévère, le père ne peut plus infliger lui-même que des corrections légères ; il doit demander au magistrat l'application des peines les plus graves.

En Attique, le droit de vie et de mort, qui existait certainement à l'origine, disparut de bonne heure. Dion Chrysostome reconnaît au père le droit de battre son enfant pour arriver à se faire obéir ; même l'abus du droit de correction ne permet pas à l'enfant de se soustraire à l'accomplissement des obligations d'aliments et de respect dont il est tenu envers son auteur.

En droit germanique, le père peut frapper ses enfants ; la

loi des Wisigoths le dit expressément ; il a le pouvoir *flagellandi et corripiendi eos quamdiu sunt in familia constituti*¹. Les autres lois barbares ne parlent guère du droit de correction ; il est sous-entendu.

284. — Ce droit, au cours de l'histoire, est toujours allé s'affaiblissant ; dans les législations les plus récentes, il a pour norme l'intérêt de l'enfant.

Le Code Napoléon ne mentionne que l'emprisonnement par voie d'autorité ou de réquisition. Laurent soutient que, dans le silence de la loi, on ne peut accorder au père le droit d'intliger à son enfant des châtimens corporels ; que le seul moyen de répression dont il puisse disposer est la détention. Cette opinion me paraît inadmissible ; qui peut le plus peut le moins ; le droit de recourir aux châtimens corporels, pour autant qu'ils ne compromettent pas la santé de l'enfant, me semble implicitement admis par la loi française.

Le B. G. B., au 2^e al. du § 1631, pose le principe général du droit de correction ; le père peut de son propre chef recourir à tous les moyens qui lui semblent utiles, même à l'internement dans une maison de correction : le Tribunal des Tutelles intervient si le bien-être de l'enfant se trouve en péril.

285. — L'art. 278 du C. C. S. a la teneur suivante : *Les père et mère ont le droit de correction sur leurs enfants*. Les textes allemand et italien sont plus stricts et mieux rédigés : ils limitent le droit des père et mère à l'emploi des moyens que réclame l'éducation². En mettant en rapport, l'un avec l'autre, les deux termes correction et éducation, le législateur a bien montré que dans notre droit la correction ne doit plus être envisagée comme un châtiment, comme une expiation, mais qu'elle est au contraire un moyen d'éducation, auquel on ne doit recourir que dans l'intérêt de l'enfant.

286. — Pas plus que le B. G. B., la loi suisse n'a énuméré

¹ L. VISIG. IV, 5. Ch. I.

² C. C. S., art. 278 : *Die Eltern sind befugt, die zur Erziehung der Kinder nötigen Züchtigungsmittel anzuwenden.* — *I genitori possono usare, i mezzi di correzione necessari per l'educazione dei figli.*

les moyens d'action qui appartiennent aux parents; elle ne les a pas non plus limités.

Jusqu'où va ce droit de correction ? Le Code ne le dit pas; le bon sens, et l'intérêt de l'enfant, doivent en donner la mesure. On peut dire que toute correction est licite quand on peut en attendre un heureux résultat; le but visé doit être l'amendement et la soumission. Le blâme, les fustigations, les arrêts à domicile, la privation de réjouissances ou de cadeaux, la condamnation à des penaux, etc., etc., sont également autorisés. Mais une correction cesse d'être licite dès qu'elle peut nuire au bien-être physique, intellectuel ou moral de l'enfant. La loi ne permet pas aux titulaires de la puissance paternelle de se livrer sur leurs enfants à des violences qui mettent en danger leur vie ou leur santé; ce serait là un abus légitimant l'intervention des autorités.

287. — En vertu du 2^e al. de l'art. 284, l'autorité tutélaire peut, à la demande des père et mère, placer l'enfant dans une famille ou dans un établissement lorsqu'il oppose, par méchanceté, une résistance opiniâtre à leurs ordres, et que selon toute prévision d'autres moyens seraient inefficaces. Cette disposition, fort mal rédigée, peut prêter à confusion. Il semble, en effet, que les détenteurs de la puissance paternelle ne peuvent pas confier eux-mêmes l'enfant à des tiers, afin de le corriger, mais qu'une décision de l'autorité tutélaire est indispensable. Cette solution ne pourrait être admise. En vertu de leur droit d'éducation, les parents peuvent remettre l'enfant à des tierces personnes, le placer dans un établissement ou dans une famille; ils le peuvent *a fortiori* dans l'exercice de leur droit de correction.

Le 2^e al. de l'art. 284 signifie en premier lieu ceci : Quand les titulaires de la puissance paternelle ne pourront subvenir aux dépenses du placement d'un enfant récalcitrant, l'autorité tutélaire, à leur requête et si la mesure paraît se justifier, placera l'enfant dans une famille ou dans un établissement.

Mais il est certain que cette disposition contient en même

temps une restriction du droit des père et mère. Ceux-ci ne peuvent d'eux-mêmes interner l'enfant dans une maison de correction, soit dans une institution pénitentiaire pour jeunes gens. S'ils désirent recourir à cette mesure extrême, ils doivent demander l'intervention de l'autorité tutélaire ; mais ils conservent la faculté que leur donne le droit d'éducation, de placer l'enfant dans une famille ou dans un établissement qui ne présente pas le caractère d'une maison de correction.

Telle est l'interprétation qu'il faut, à mon avis, donner au 2^e al. de l'art. 284.

288. — En résumé, le droit de correction permet au titulaire de la puissance paternelle de recourir à tous les moyens d'action qui ne mettent pas en danger la santé physique, intellectuelle ou morale de l'enfant ; mais il ne les autorise pas à interner celui-ci dans un établissement pénitentiaire ; ils ne peuvent, s'ils jugent cette mesure nécessaire, que demander à l'autorité tutélaire de procéder au placement de l'enfant.

289. — L'exercice normal du droit de correction suppose, chez les personnes qui en sont investies, un tact et un bon sens que l'on ne rencontre pas toujours.

La valeur des divers moyens de correction est des plus relatives ; elle dépend du caractère et de la mentalité de l'enfant. Telle mesure, excellente pour l'un, sera déplorable pour un autre. Certains enfants se soumettront aux premières remontrances, alors que les verges en feraient des insoumis, et, réciproquement, les mêmes corrections ne conviennent pas à tous les âges ; la nature des sanctions doit se modifier à mesure que l'enfant grandit. Pour corriger, il faudrait être psychologue... Le plus souvent la méchanceté, l'endurcissement d'un enfant sont la conséquence de corrections inopportunes, incompatibles avec sa mentalité. Les autorités de tutelle ne peuvent, c'est évident, surveiller de très près l'usage que les père et mère font de leur droit ; la vie de famille ne saurait s'accommoder d'une pareille ingérence ; elles n'interviendront en général que si l'abus est

manifeste. Mais au moment où ces autorités s'aperçoivent que le droit de correction est mal compris et mal exercé par les titulaires, elles doivent intervenir pour les avertir, et le cas échéant pour leur retirer la garde de l'enfant.

290. — L'abus du droit de correction, surtout quand il se manifeste sous la forme de mauvais traitements, est une cause de déchéance. Cela sans préjudice des sanctions pénales que peuvent encourir les père et mère pour s'être rendus coupables d'un délit dans l'exercice de la puissance paternelle (coups et blessures, homicide involontaire, etc.) ¹.

SECTION IV

La représentation.

291. — L'enfant sous puissance étant nécessairement incapable, il faut qu'il ait un ou des représentants légaux.

292. — *La capacité de l'enfant soumis à la puissance paternelle est la même que celle du mineur sous tutelle* (art. 280, al. 1^{er}).

L'enfant sous puissance n'a pas l'exercice des droits civils ; il ne peut s'obliger par ses propres actes qu'avec le consentement de ses représentants légaux. Plus spécialement, il ne peut, sans ce consentement, passer un contrat de mariage ni conclure un pacte successoral. Mais dès l'âge de dix-huit ans il peut disposer de ses biens par testament.

Toutefois il n'a pas besoin de l'autorisation de ses représentants, — à condition d'être capable de discernement, — pour intervenir dans un contrat dont le but unique est de lui conférer des droits ou de le libérer d'une obligation (C. O. art. 30 ; C. C. S., art. 19, al. 2). Il peut aussi se passer

¹ En principe le droit de correction s'exerce même sur les interdits sous puissance. En fait, je ne vois pas les moyens auxquels les titulaires pourraient recourir ; le droit de garde suffira le plus souvent pour rendre possible à ces derniers l'accomplissement de leurs devoirs.

de cette autorisation pour exercer des droits strictement personnels, pour reconnaître un enfant, par exemple, ou, s'il s'agit d'un interdit marié soumis à puissance, pour divorcer ou désavouer. Les fiançailles enfin n'obligent le fiancé sous puissance que si les représentants légaux y ont consenti (art. 90, al. 2).

293. — Les actes juridiques de l'enfant sous puissance, capable de discernement, ne sont pas nuls *ab initio* ; ils sont susceptibles d'être ratifiés par les représentants légaux, ou par le contractant lui-même s'il est devenu capable dans l'intervalle (C. O. art. 32, 33).

294. — Si l'enfant sous puissance exerce seul, avec l'autorisation expresse ou tacite de ses représentants, une profession ou une industrie, il s'oblige sur tous ses biens pour les affaires qui rentrent dans l'exercice régulier de cette profession ou de cette industrie, sans égard aux droits de jouissance de ses parents ¹. L'enfant sous puissance est responsable du dommage qu'il cause par ses actes illicites ².

295. — Art. 279, al. 1^{er} : *Les père et mère sont, dans la mesure où ils ont l'exercice de la puissance paternelle, les représentants légaux de leurs enfants à l'égard des tiers.* Les détenteurs de la puissance paternelle ont le droit de représenter l'enfant ; ils en ont aussi le devoir. La représentation ne peut leur être retirée qu'avec la puissance, puisqu'ils ne peuvent être partiellement déchus. Les père et mère doivent représenter l'incapable avec la diligence qu'ils mettent dans leurs propres affaires ; s'ils ne le font pas, par incapacité, négligence ou mauvaise foi, les autorités de tutelle doivent intervenir pour sauvegarder l'intérêt de l'enfant. Les père et mère sont responsables envers lui de tout préjudice qui peut leur être imputé. L'assentiment de l'enfant ne les décharge pas de leur responsabilité (Comp. art. 409, al. 2).

296. — Que signifie ce texte : « dans la mesure où ils ont

¹ C. O., art. 34 ; C. C. S., art. 280, al. 3.

² C. C. S., art. 19, al. 3 ; C. O., art. 50 et suiv. ; 61.

l'exercice de la puissance paternelle ? » Voici l'interprétation, qu'à mon avis, il faut en donner : Si la puissance est exercée par un seul titulaire, il est seul représentant ; il en est de même si l'un des conjoints ne peut agir à cause d'un empêchement de fait ou de droit. Si les père et mère, ou les adoptants conjoints, l'exercent tous les deux, ils représentent l'enfant en commun ; l'art. 274, al. 2, fait alors règle en cas de désaccord : l'opinion du père prévaut.

A l'égard des tiers, le père peut donc agir comme représentant de l'enfant sous puissance sans avoir besoin du consentement de sa femme, puisque sa volonté est toujours déterminante. Si par contre, c'est la mère qui intervient, elle doit invoquer l'autorisation de son mari. Cette autorisation peut être expresse ou tacite ; les tiers peuvent exiger qu'elle soit expresse, et se refuser à passer contrat tant qu'elle fait défaut. Lorsque la mère agit sans le consentement de son époux, le contrat n'est pas valable à moins que ce dernier ne ratifie. Mais la mère, si elle est en faute, engage sa responsabilité aquilienne. Elle peut l'engager quand bien même elle ne se serait pas expressément donnée pour autorisée, si le consentement du père pouvait être présumé par le tiers de bonne foi.

297. — L'extinction du droit de représentation n'est opposable aux tiers de bonne foi que s'ils la connaissent ou auraient dû en avoir connaissance : la publication de la déchéance est donc nécessaire.

298. — Dans leurs relations réciproques, les père et mère exercent en commun le droit de représentation ; la mère a par conséquent le droit d'être consultée et de donner son avis (n° 38).

299. — Les père et mère agissent en leur qualité de représentants légaux de l'enfant sous puissance sans le concours des autorités de tutelle (art. 279, al. 2). Les contrats qu'ils passent au nom de l'incapable sont donc parfaits sans que les autorités de tutelle aient à donner leur consentement, alors même que, pour ces actes, ce consentement serait

nécessaire si l'incapable était soumis à l'autorité d'un tuteur. Ainsi les titulaires de la puissance paternelle peuvent, par eux-mêmes, en leur qualité de représentants de l'enfant, acheter ou vendre des immeubles, prêter et emprunter, souscrire des engagements de change, ester et transiger, répudier une succession, conclure un pacte successoral, etc. Pourquoi ce privilège en faveur des détenteurs de la puissance paternelle ? Le législateur n'a pas voulu d'une intervention trop fréquente des autorités dans le domaine de la famille ; il s'est montré confiant dans la force de l'affection des parents pour leurs enfants. Ces raisons ne me paraissent pas suffisantes, et je crois qu'il aurait été plus simple et plus conforme à la théorie moderne de la protection de l'enfant de soumettre, pour les actes importants, la gestion des père et mère, comme celle du tuteur, au contrôle nécessaire de l'autorité. Telle est d'ailleurs la solution du B. G. B.¹ ; je la trouve préférable à celle de notre loi.

300. — Art. 280, al. 2 : *Les dispositions concernant la représentation par le tuteur sont applicables par analogie, à l'exception de celles relatives au concours du pupille dans les actes d'administration*². Cette disposition ne me semble pas satisfaisante non plus ; on a voulu faire une concession aux mœurs patriarcales de certains cantons et ne pas porter atteinte à l'autorité que doivent avoir les parents. On a eu tort. Il n'est jamais trop tôt de mettre un mineur au courant des affaires qui peuvent l'intéresser. Son concours peut souvent être précieux au représentant légal. L'enfant sous puissance, comme l'incapable soumis à l'autorité d'un tuteur, devrait être consulté toutes les fois que la chose est possible.

301. — L'enfant qui s'oblige, — par l'intermédiaire des titulaires de la puissance paternelle, ou seul, dans le cas de

¹ B. G. B., § 1643.

² Art. 409 : *Le pupille sera si possible consulté pour tous les actes importants d'administration, lorsqu'il est capable de discernement et âgé de seize ans au moins.*

l'art. 34 C. O. —, est tenu sur ses propres biens, sans égard aux droits d'administration et de jouissance des père et mère (art. 280, al. 3).

302. — Art. 281 : *L'enfant soumis à la puissance paternelle peut, s'il est capable de discernement, agir pour la famille du consentement de ses père et mère ; dans ce cas, il n'est pas tenu lui-même, mais il oblige ses parents en conformité de leur régime matrimonial.* Cette disposition, somme toute, est superflue ; elle vise les cas où l'enfant agit pour le compte des siens, avec leur approbation. Il est alors mandataire ou gérant d'affaires ; généralement le mandat sera tacite ; le co-contractant pouvait-il ou devait-il le présumer ? Pour résoudre cette question, les règles de la bonne foi seront déterminantes ¹.

303. — Art. 282 : *Tous actes juridiques intervenus entre les père ou mère et l'enfant, ou entre celui-ci et un tiers au profit des père ou mère, seront, s'ils obligent l'enfant, passés avec l'assistance d'un curateur et approuvés par l'autorité tutélaire.* En effet, les représentants légaux ne peuvent à la fois jouer le rôle des deux parties, qu'il s'agisse d'un contrat entre les parents et l'enfant ou d'une action juridique entre les représentants et l'incapable. Il est indispensable dans ces cas qu'une tierce personne remplace les titulaires de la puissance paternelle et représente l'enfant ².

¹ Comp. art. 115, C. O.

² Deux enfants soumis à la puissance paternelle des mêmes personnes peuvent se trouver en conflit d'intérêts ; les père et mère ne sauraient, pas plus que dans le cas de l'article 282, représenter l'un et l'autre. Nous dirons donc, avec M. Planiol, que dans un cas semblable aussi, l'art. 282 étant invoqué par analogie, un curateur doit être nommé à l'une des parties et les actes soumis à la ratification de l'autorité tutélaire.

SECTION V

Autres attributs de la puissance paternelle.

§ 1. Droit de choisir le prénom.

304. — Tandis que l'acquisition du nom de famille, comme celle du droit de cité, se produit indépendamment de la volonté des personnes intéressées, automatiquement, en vertu de dispositions d'ordre public ¹, la collation du prénom est l'exercice d'un droit dérivant de la puissance paternelle. C'est un devoir aussi. L'art. 275, al. 3, nous dit : *Ils* (les père et mère) *choisissent le prénom de l'enfant*.

Ils le choisissent librement ; ils peuvent selon leur bon plaisir en donner plusieurs ou n'en donner qu'un. Leur liberté est pleine et entière. Elle n'est pas absolue cependant ; il ne faut pas que le prénom soit pour celui qui le porte une source d'ennuis ; il ne doit pas être ridicule, ni préjudiciable pour lui.

L'art. 305 du projet de 1900 portait en son deuxième alinéa la disposition suivante : « L'officier de l'état civil refusera d'inscrire les prénoms inconvenants. » Le Code ne renferme pas de restriction semblable : mais on l'introduira sans doute dans les ordonnances spéciales que doit rendre le Conseil Fédéral ².

Les officiers de l'état civil seront tenus de refuser l'inscription d'un prénom dont l'enfant pourrait souffrir ; ils pourront obliger aussi les père et mère à limiter le nombre des vocables à la place disponible dans les registres.

305. — Le prénom doit être donné au moment où la naissance est déclarée : jusqu'alors les titulaires de la puissance paternelle peuvent revenir sur leur décision première : leur

¹ Art. 270, 461, 434, 149, 268, 29.

² Art. 39, al. 2.

choix est définitif quand le fonctionnaire a verbalisé leur déclaration de volonté.

306. — Qu'en sera-t-il lorsque les détenteurs de la puissance paternelle refuseront de donner un prénom à l'enfant ? Le cas est possible ; il peut être embarrassant ; les ordonnances du Conseil Fédéral sauront peut-être le prévoir.

307. — Le droit de choisir le prénom étant un attribut de la puissance paternelle, la mère illégitime, rigoureusement ne saurait l'exercer. Elle peut, c'est vrai, se voir conférer la puissance sur l'enfant ; mais l'investiture sera, je pense, toujours postérieure au moment où l'inscription doit être faite. Comment résoudre la question ? Il faut admettre, ce me semble, que c'est au curateur dont parle l'art. 311 à donner le prénom ; il tiendra compte des vœux de la mère.

308. — La collation du prénom est un acte de droit civil ; elle est sans rapport avec les rites religieux auxquels peut donner lieu la naissance d'un enfant — avec le baptême en particulier.

§ 2. Consentement au mariage.

309. — Les projets de notre Code portaient, au chapitre de la puissance paternelle, la disposition suivante : « L'enfant soumis à la puissance paternelle ne peut se marier sans le consentement de ses père et mère. » Cette disposition fut supprimée. On a trouvé, non sans raison, qu'il était inutile de répéter ce principe au chapitre de la puissance paternelle puisqu'il se trouvait consacré, en termes analogues, dans un article au titre du mariage.

Néanmoins le droit de consentir au mariage est un attribut essentiel de la puissance paternelle ¹.

¹ Art. 96 : L'homme avant vingt ans révolus, la femme avant dix-huit ans ne peuvent contracter mariage. A titre exceptionnel et pour des raisons majeures, le gouvernement cantonal du domicile peut néanmoins déclarer une femme de dix-sept ou un homme de dix-huit ans révolus, capables de contracter mariage, si les parents ou le tuteur y consentent.

310. — Il en fut ainsi dans toutes les législations, dès les temps les plus anciens. La loi romaine permettait au *pater* de refuser son consentement tant que l'enfant se trouvait soumis à son autorité. A l'origine, — il en fut de même en droit grec, — il pouvait rompre le mariage de la personne *alieni juris*, encore qu'il eût consenti à sa célébration. L'union contractée au mépris de la volonté paternelle était nulle de plein droit.

Le droit canon s'est montré plus libéral : se marier sans le consentement du père est une faute, mais une faute qui ne rend pas nul *a priori* le mariage contracté.

311. — Le mineur sous puissance ne peut pas se marier, dans le système de notre loi, sans le consentement des personnes investies de l'autorité paternelle (art. 98). Si deux conjoints sont investis ensemble, *tous deux* doivent consentir ¹. Le principe de l'art. 274, al. 2, n'est pas applicable ici ; le refus de l'un des père et mère est un obstacle insurmontable ².

Le consentement du père ou de la mère suffit, lorsqu'un seul d'entre eux a la puissance paternelle au moment de la publication du mariage ³ (art. 98, al. 2).

312. — Les textes de notre Code soulèvent quelques difficultés. L'art. 98 ne vise que le mineur. Selon l'art. 99, *l'interdit ne peut contracter mariage sans le consentement de son tuteur. — Il pourra recourir aux autorités de tutelle contre le refus du tuteur. — Le recours au Tribunal Fédéral demeure réservé*. Qu'en sera-t-il de l'interdit sous puissance ?

¹ En droit allemand et en droit français aussi le consentement du père suffit.

² Dans le droit romain classique, et jusqu'au Bas Empire, le consentement de la mère n'était jamais requis pour le mariage de ses enfants, aussi longtemps que vivait le père. Honorius et Théodore le Jeune décidèrent que la fille aurait à requérir le consentement de la mère toutes les fois que le père serait dans l'impossibilité de manifester sa volonté. L. 20 Cod V, 4. (*de nuptiis*).

³ « A la puissance. » Cela ne signifie pas, à mon avis, « est investi », mais « exerce la puissance ». Quoique les père et mère soient investis tous deux, le consentement d'un seul suffit si l'autre est matériellement empêché, pour cause d'absence, par exemple — de manifester le sien. Une procédure en déchéance préalable ne serait pas nécessaire.

Aucune de ces dispositions ne le concerne. Est-il soumis à la règle stricte de l'art. 98, et le refus des père et mère, ou de l'un d'eux serait-il sans appel? Ou faut-il invoquer l'art. 99 et le mettre au bénéfice du droit de recours? La question me paraît insoluble. J'incline à croire que l'interdit sous puissance doit obtenir le consentement de ses père *et* mère, mais qu'il peut recourir comme l'interdit sous tutelle. A la jurisprudence de décider.

313. — Le défaut de consentement ne rend pas le mariage inexistant; il n'est qu'une cause de nullité. *Le mariage contracté sans le consentement des père et mère ou du tuteur peut être attaqué par eux lorsqu'un des époux n'avait pas atteint l'âge requis, était mineur ou était interdit. La nullité ne peut plus être déclarée lorsque les époux ont dans l'intervalle atteint l'âge requis, obtenu ou recouvré l'exercice des droits civils; elle ne peut être déclarée non plus en cas de grossesse* (art. 128). Nous estimons avec MM. Rossel et Men-tha¹ qu'une action commune des père et mère n'est pas nécessaire puisque le consentement de l'un ne suffit pas.

314. — Le droit de consentir au mariage prend fin avec l'extinction de la puissance paternelle². Il ne survit pas, comme en droit français, au delà de la majorité de l'enfant. Si les père et mère sont déchus de la puissance sur l'enfant, le droit de consentir passe au tuteur.

§ 3. Consentement à l'émancipation.

315. — L'émancipation est un acte juridique dont le but et l'effet est de remettre à un mineur la direction de sa personne et l'administration de ses biens, donc de lui conférer la capacité civile. Elle est en même temps une abdication de la puissance paternelle.

¹ Page 192, tome I.

² En droit attique déjà, les fils pouvaient se marier sans le consentement de leur père dès leur majorité; les filles, par contre, ne pouvaient jamais contracter mariage sans le consentement du *Kyrios*.

L'émancipation est une institution respectable : un mineur peut manifester des dispositions précoces ; son avenir ou l'intérêt de sa famille peuvent aussi commander qu'il acquière avant l'heure la capacité de contracter. *Le mineur âgé de dix-huit ans révolus*, dit l'art. 15, *peut, s'il y consent, et avec l'agrément de ses père et mère, être émancipé par l'autorité tutélaire de surveillance*. L'émancipation est irrévocable.

316. — Les père et mère ne peuvent pas émanciper ; ils ne peuvent que consentir. L'office de l'autorité tutélaire de surveillance est nécessaire, et cette autorité peut refuser la *venia aetatis*. Le mineur, lui aussi, peut s'opposer à l'émancipation, et son opposition la rend inadmissible.

317. — De nouveau, le consentement des deux titulaires, si le père et la mère exercent la puissance en commun, est indispensable. Rien ne peut suppléer l'agrément de l'un d'eux. Les père et mère ont la faculté de refuser sans motif, même si leur attitude devait être préjudiciable pour l'enfant. C'est pour eux un droit absolu ; et leur refus, leur méconnaissance même de l'intérêt du mineur ne sauraient constituer un motif de déchéance de la puissance paternelle.

318. — Lorsque le mineur n'est pas soumis à la puissance paternelle, le tuteur doit être entendu par l'autorité tutélaire de surveillance chargée de prononcer l'émancipation. Les père et mère, s'ils vivent encore, n'ont alors aucun droit d'opposition.

§ 4. Consentement à l'adoption.

319. — Art. 265, al. 2 : *Lorsque l'adopté est mineur ou interdit, ses père et mère ou l'autorité tutélaire de surveillance devront consentir à l'adoption, même s'il est capable de discernement*. Comme en matière de mariage et d'émancipation, les père et mère doivent consentir tous deux. S'ils ont encouru la déchéance de la puissance paternelle, leur consentement est-il encore nécessaire, ou l'autorité tutélaire de

surveillance peut elle donner son autorisation malgré leur opposition ? La question me paraît douteuse. Il en est, je pense, comme en matière de mariage : le consentement des auteurs déchus cesse d'être un facteur essentiel (comp. art. 422, ch. I).

Cette solution serait regrettable : l'adoption donne à l'enfant une famille nouvelle ; les parents, même déchus, devraient avoir le droit de s'y opposer.

§ 5. Désignation d'un tuteur.

320. — Art. 381 : *A moins que de justes motifs ne s'y opposent, l'autorité tutélaire nomme tuteur la personne désignée par le père ou la mère ou par l'incapable.*

Ce n'est qu'un droit relatif, sans doute, puisque l'autorité tutélaire a la faculté de nommer une autre personne, lorsque de justes motifs l'y invitent. Néanmoins, c'est un droit de la puissance paternelle, puisque cette autorité devra respecter le désir du dernier mourant des père et mère, ou des titulaires en cas de déchéance, si la personne désignée est capable et digne d'exercer sa fonction.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION	7
CHAPITRE I ^{er} . Considérations générales sur la puissance paternelle du Code civil suisse	18
CHAPITRE II. Des personnes soumises à la puissance paternelle et de celles qui l'exercent	22
<i>Première partie.</i> De la puissance paternelle sur les mineurs	27
Section I. Filiation légitime	27
§ 1. Des enfants légitimes	27
§ 2. Exercice de la puissance paternelle	30
I. Durant le mariage	37
II. Mort de l'un des époux	41
III. Divorce	41
IV. Séparation de corps	49
V. Nullité de mariage.	50
Section II. Filiation adoptive	50
Section III. Filiation naturelle.	54
<i>Deuxième partie.</i> De la puissance paternelle sur des personnes majeures	63
CHAPITRE III. Acquisition et fin de la puissance paternelle	68
<i>Première partie.</i> Acquisition de la puissance paternelle	68
Section I. Acquisition de plein droit.	69
§ 1. Naissance légitime	69
§ 2. Légitimation	70
§ 3. Majorité des père et mère	72
§ 4. Adoption	72
§ 5. Fin de l'adoption.	73
§ 6. Remariage des parents	73
§ 7. Fin de la séparation de corps	73
§ 8. Interdiction	74
§ 9. Mainlevée de la tutelle	74

	Pages.
Section II. Délation par l'autorité	75
§ 1. Autorités judiciaires.	76
§ 2. Autorité tutélaire.	76
§ 3. Autorité compétente en matière de déchéance	77
<i>Deuxième partie. Fin de la puissance paternelle</i>	<i>78</i>
Section I. Extinction de plein droit	79
§ 1. Mort.	79
§ 2. Majorité.	79
§ 3. Émancipation.	81
§ 4. Adoption	81
§ 5. Révocation de l'adoption	81
§ 6. Mainlevée de l'interdiction.	81
§ 7. Décision du juge ou de l'autorité	82
§ 8. Nomination d'un tuteur.	83
Section II. Extinction par voie d'autorité	84
CHAPITRE IV. Sanction des devoirs dérivant de la puissance paternelle	85
<i>Première partie. L'intervention de l'autorité</i>	<i>85</i>
Section I. Généralités	85
Section II. Autorités.	89
Section III. Des cas d'intervention	92
Section IV. L'intervention	94
§ 1. En général.	94
§ 2. Placement des enfants	95
§ 3. Déchéance de la puissance paternelle	100
I. Notion et généralités	100
II. Autorités compétentes et procédure.	102
III. Des cas de déchéance	104
A. Incapacité de fait	104
B. Incapacité de droit	105
C. Abus d'autorité	105
D. Négligences graves	105
E. Remariage de la personne investie	106
IV. Effets de la déchéance.	108
V. Durée	111
<i>Deuxième partie. Sanction privée.</i>	<i>112</i>
§ 1. Moyens à la disposition de l'enfant	112
§ 2. Intervention de l'un des époux	112
CHAPITRE V. Des attributs de la puissance paternelle	114
Section I. Généralités	114
Section II. Le respect et l'obéissance.	116
§ 1. Le droit au respect	116
§ 2. L'obéissance	117

	Pages.
Section III. L'éducation.	118
§ 1. En général.	118
§ 2. L'instruction professionnelle	128
§ 3. L'éducation religieuse	134
§ 4. Des droits que la puissance paternelle confèrent aux personnes qui l'exercent pour leur permettre de remplir leur tâche d'éducation.	143
I. Droit de garde	143
II. Droit de correction	147
Section IV. La représentation	151
Section V. Autres attributs de la puissance paternelle	156
§ 1. Droit de choisir le prénom.	156
§ 2. Consentement au mariage	157
§ 3. Consentement à l'émancipation	159
§ 4. Consentement à l'adoption.	160
§ 5. Désignation d'un tuteur.	161

